الوسيط في شرح القانون المدني

للدكتور / عبد الرازق السنهوري

الجزء الرابع : العقود التي تقع على الملكية

البيع و المقايضة

تم إخراج هذه النســـــخة بواسطة :

Mr-Gado

e-mail : mr_gado@yahoo.com

مقدمـــة(*)

٩- التعريف بالبيع- نصوص قانونية: أوردت المادة ٤١٨ من التقنين المدنى تعريفاً لعقد البيع على الوجه الآتى:

«البيع عقد يلتزم به البائع أن ينقل للمشترى ملكية شئ أو حقاً مالياً آخر فى مقابل ثمن نقدى»(٢).

(*) **مراجع فى عقد البيع:** لوران ٢٤ فى البيع والمقايضة الطبعة الخامسة بروكسل سنة ١٨٩٣ – هيك ١٠ فى البيع والايجار باريس سنة ١٨٩٧ – جيوار فى البيع والمقايضة الطبعة الثالثة جزءان باريس ١٩٠٢– ١٩٠٤– أوبرى وراو وأسمان ٥ الطبعة السادسة باريس سنة ١٩٤٧ – بودرى وسينيا الطبعة الثالثة باريس سنة ١٩٠٨ – بيدان وليريبور بيجونيير وبريت دى لاجريسى ١١ باريس ١٩٣٨ – بلانيول وريبير وهامل ١٠ الطبعة الثانية باريس سنة ١٩٥٦ – بلانيول وريبير وبولانجيه٢ الطبعة الثالثة باريس سنة ١٩٤٩ – كولان وكابيتان ودى لاموراندبير٢ الطبعة العاشرة باريس سنة ١٩٤٨ – جوسران٢ الطبعة الثانية باريس سنة ١٩٣٣ – أنسيكلوبيدى داللوز ٥ باريس سنة ١٩٥٥.

رسائل إيرو (Eyraud) فى البيع والإيجار باريس سنة ١٩٠٤. أ. البير (A. Albert) فى التمييز بين بيع المنقول وإيجار العقار أو المنقول بواتييه سنة ١٩٠٦ – ديفى (Defaye) فى الوعد بالبيع باريس سنة ١٩٠٧ – فواسان (Foissin) فى الوعد بالبيع تولوز سنة ١٩٢٤ – ميريس (Murisse) فى الوعد بالبيع باريس سنة ١٩٢٥ – كورنى (Cornille) فى البيع وإيجار الأشياء ليل سنة ١٩٢٦ – بوالار (Boilard) فى الوعد بالبيع كان سنة ١٩٢٩– بريتيـلارد (Brétillard) فى الوعد بالتفضيل باريس سنة ١٩٢٩– دوتريش (Dautriche) باريس سنة ١٩٣٠ – تيريون (Thirion) الإيجار مع الوعد بالبيع نانسى سنة ١٩٣٠ – بوابيه (Boyer) فى الوعد بالبيع تولوز سنة ١٩٣٢ – ديلومز (Delommez) فى الوعد بالبيع ليل سنة ١٩٤٧.

مؤلفات فى القانون المصرى والقوانين العربية: الأستاذ أنور سلطان سنة ١٩٥١ – الأستاذان سليمان مرقس ومحمد على إمام سنة ١٩٥٢ وسنة ١٩٥٤ – الأستاذ محمد كامل مرسى سنة ١٩٥٣– الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقى سنة ١٩٥٦ – الأستاذ جميل الشرقاوى سنة ١٩٥٦ – الأستاذ عبد المنعم البدراوى ١٩٥٦ و١٩٥٧ – الأستاذ منصور مصطفى منصور ١٩٥٦ – ١٩٥٧ – الأستاذ إسماعيل غانم (مذكرات غير مطبوعة سنة ١٩٥٨)– الأستاذ مصطفى الزرقا فى البيع فى القانون المدنى السورى دمشق سنة ١٩٥٣ – الأستاذ حسن على الزنون فى البيع فى القانون المدنى العراقى بغداد سنة ١٩٥٤ – الأستاذ عباس حسن الصراف فى البيع والإيجار بغداد سنة ١٩٥٦– فى القانون المدنى المصرى السابق: الأستاذ محمد حلمى عيسى فى شرح البيع سنة ١٩١٦– الأستاذ أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى سنة ١٩٤٠ (وأنظر طبعة سنة ١٩٥٤ فى القانون الجديد).

وفى أشارتنا إلى هذه المراجع المختلفة نحيل إلى الطبعات المبينة فيما تقدم.

(٢) **تاريخ النص:** ورد هذا النص فى المادة ٥٥٦ من المشروع التمهيدى على وجه مقارب لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد. وفى لجنة المراجعة أدخلت تعديلات لفظية، وأصبحت المادة رقمها ٤٣١ فى المشروع النهائى. وفى مجلسى النواب والشيوخ أدخلت تعديلات لفظية طفيفة أخرى فأصبح التطابق تاماً تحت رقم المادة ٤١٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية٤ ص١٣– ص١٦).

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ٢٣٥/٣٠٠(١).

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى: في التقنين المدني السوري المادة ٣٨٦– وفي التقنين المدني الليبي المادة ٤٠٧– وفي التقنين المدني العراقي المادتين ٥٠٦– ٥٠٧ – وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٣٧٢(٢).

ويستخلص من هذا التعريف أن البيع عقد ملزم للجانبين، إذ هو يلزم البائع أن ينقل للمشتري ملكية شئ أو حقاً مالياً آخر ويلزم المشترى أن يدفع للبائع مقابلا لذلك ثمناً نقديا(٣). ويستخلص منه أيضاً أن البيع عقد معاوضة، فالبائع يأخذ الثمن مقابلا للمبيع

(١) **التقنين المدني السابق م٢٣٥/ ٣٠٠:** البيع عقد يلتزم به أحد المتعاقدين نقل ملكية شئ للآخر في مقابل التزام ذلك الآخر بدفع ثمنه المتفق عليه بينهما.

(٢) **التقنينات المدنية العربية الأخرى:**

التقنين المدني السوري م٣٨٦ (مطابقة للمادة ٤١٨ من التقنين المدني المصري. وانظر في التعليق على التعريف من وجهة نظر الفقه الإسلامي والتمييز بين حكم البيع وحقوقه الأستاذ مصطفى الزرقا في البيع في القانون المدني السوري فقرة ٢٤ – فقرة ٢٧).

التقنين المدني الليبي م٤٠٧ (مطابقة للمادة ٤١٨ من التقنين المدني المصري).

التقنين المدني العراقي م٥٠٦– البيع مبادلة مال بمال.

م٥٠٧: البيع باعتبار المبيع إما أن يكون بيع العين بالنقد وهو البيع المطلق، أو بيع النقد بالنقد وهو الصرف، أو بيع العين بالعين وهي المقايضة.

(ويلاحظ أن التقنين العراقي جرى في تعريف البيع على نهج الفقه الإسلامي، فجعل البيع شاملا للبيع المطلق والصرف والمقايضة. ولم ير حاجة للإشارة إلى السلم، إذ لم يعد هناك مقتض لإفراد السلم بالذكر بعد أن أصبح بيع الشئ المستقبل جائزاً بوجه عام، لا بيع السلم فحسب، فتحلل التقنين العراقي بذلك من قيود السلم المعروفة في الفقه الإسلامي: أنظر في هذا المعنى الأستاذ الذنون في البيع في القانون المدني العراقي فقرة ١٥).

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م٣٧٢: البيع عقد يلتزم فيه البائع أن يتفرغ عن ملكية شئ، ويلتزم فيه الشاري أن يدفع ثمنه.

(وتعريف التقنين اللبناني يقارب تعريف التقنين المصري السابق، فهو لم يذكر في خصوص المبيع إلا ملكية الشئ، ولم يبين وجوب أن يكون الثمن نقداً).

(٣) ومن ثم كان البيع بيعاً بالنسبة إلى البائع، وشراء بالنسبة إلى المشترى. وكان الرومان يراعون هذا التركيب المزدوج، فيسمون العقد «الشراء والبيع» (emptio venditio)، فإذا اختصروها ففي لفظ الشراء (emptio) لا في لفظ البيع (venditio)، لأن الدور الغالب في الإجراءات الشكلية وفي الإشهاد في القانون الروماني كان للمشترى لا للبائع (رويز في عقد البيع في القانون الروماني: مجلة القانون والاقتصاد ٧ ص١٩٢). ولا يزال التقنين المدني الألماني يطلق على البيع اسم الشراء (Kauf)، لغلبة الدور الذي يقوم به المشترى (الأستاذ جميل الشرقاوي فقرة ٢ ص٥). أما التسمية الغالبة في القوانين اللاتينية وفي الفقه الإسلامي فهي البيع، لأن أحد البدلين وهو المبيع يكون عيناً معينة بالذات إما وقت العقد أو عند التسليم، وتتغلب ذاتيتها على الثمن الذي هو دين في الذمة. كذلك يبرز في خصوص المبيع المدين بنقل ملكيته وهو البائع على الدائن بهذه الملكية وهو المشترى، كما برز الالتزام على الحق الشخصي فاقتصرنا على لفظ «الالتزام».

والمشترى يأخذ المبيع مقابلا للثمن. ويستخلص منه كذلك أن البيع عقد رضائي، إذ لم يشترط القانون لانعقاده شكلا خاصاً فهو ينعقد بمجرد تراضي المتبايعين. واستخلص منه أخيراً أن البيع عقد ناقل للملكية، فهو يرتب التزاماً في ذمة البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشترى كما هو صريح النص.

وإذا قابلنا هذا التعريف الذي أورده التقنين المدني بالتعريف الذي كان يشتمل عليه التقنين المدني السابق(١)، رأينا أن تعريف التقنين الجديد يمتاز في أمرين: (أولهما) أنه لا يقصر المبيع على ملكية الشئ، بل يجاوز الملكية إلى غيرها من الحقوق المالية الأخرى. فيجوز أن يكون محلا للبيع، لا حق الملكية فحسب، بل أيضاً حق الانتفاع وحقوق الارتفاق وحق الحكر، كما يجوز أن يكون محلا للبيع الحقوق الشخصية في صورة حوالة الحق، وحقوق الملكية الأدبية والفنية والصناعية. (والأمر الثاني) أن التعريف يبين في وضوح أن الثمن لابد أن يكون من النقود. وهذا ما يميز البيع عن المقايضة والصرف، ويميزه عن البيع في الفقه الإسلامي ففي هذا الفقه يصح أن يكون الثمن من غير النقود فيتسع البيع فيه ليشمل البيع المطلق والمقايضة والصرف والسلم(٢).

(١) أنظر نص المادة ٢٣٥/٣٠٠ من التقنين المدني السابق في الحاشية.

(٢) وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي: «أخذ المشروع هذا التعريف عن التقنين المصري الحالي (السابق) وعن التقنين البولوني. ويمتاز عن تعريف التقنين المصري بأمرين: (أولهما) أنه لا يقصر البيع على نقل الملكية، بل يجاوز ذلك إلى نقل أي حق مالي آخر. فالبيع قد يقع على حقوق عينية غير الملكية كحق انتفاع أو حق ارتفاق، وقد يقع على حقوق شخصية كما في حوالة الحق إذا كانت في مقابل مبلغ من النقود. (والأمر الثاني) أنه يبين أن الثمن لابد أن يكون من النقود، وهذا وصف جوهري في الثمن يحسن أن يذكر في التعريف، لأنه هو الذي يميز بين البيع والمقايضة. وهذا غير الشريعة الإسلامية، ففيها أن البيع مبادلة مال بمال، فيشمل غير البيع المقايضة والصرف. ولا يوجد في النصوص المقابلة تعريف لتقنين أجنبي جمع بين هذين الأمرين. فمن التقنينات ما يغفلهما جميعاً، كما فعل التقنين المصري السابق، ومثله الفرنسي (م١٥٨٢)، والإيطالي (م١٤٤٧)، والهولندي (م١٤٩٣)، واللبناني (م٣٧٢)، والمشروع الفرنسي الإيطالي (م٣٢٣)، والسويسري (م١٨٤)، والسوفيتي (م١٨٠)، والياباني (م٥٥٥). ومنها ما يقتصر على ذكر أن المبيع قد يكون حقاً مالياً آخر غير الملكية ويغفل أن الثمن يجب أن يكون نقداً، كما فعل التقنين التونسي (م٥٦٤)، والتقنين المراكشي (م٤٧٨)، والتقنين الألماني (م٤٣٣)، والتقنين البولوني (م٢٩٤)، والتقنين الصيني (م٢٤٥). ومنها ما يعكس الأمر، فيقتصر على ذكر أن الثمن يجب أن يكون نقداً ويغفل النص على جواز بيع الحقوق المالية الأخرى غير الملكية، كما فعل التقنين الأسباني (م١٤٤٥)، والتقنين البرتغالي (م١٥٤٤)، والتقنين الأرجنتيني (م١٣٥٧)، وتقنين كويبك (م١٤٧٢)، والتقنين النمساوي (م١٠٥٣)، والتقنين البرازيلي (م١١٢٢)» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص١٥ – ص١٦).

ويأخذ الأستاذ سليمان مرقس (عقد البيع فقرة ١٢ ص٢٣) على تعريف التقنين المدني الجديد أنه لا ينبئ «عن أهم أثر يترتب على البيع في القانون الحديث وهو انتقال الملكية بمجرد العقد». ولكن يلاحظ أن انتقال الملكية ليس أثراً لعقد البيع، بل هو أثر للالتزام بنقل الملكية الذي ينشئه البيع. وقد نصت المادة ٢٠٤ مدني – كما لاحظ الأستاذ سليمان مرقس – على أن «الالتزام بنقل الملكية أو =

١٠ – البيع ونقل الملكية: ولعل أهم تطور فى تاريخ البيع هو تطوره ليكون عقداً ناقلاً للملكية، وستتابع مراحل هذا التطور عند الكلام فى التزام البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشترى[١]. ونقتصر هنا على القول إن البيع لم يكن فى القديم عقداً ناقلاً للملكية. فقد كان البيع فى القانون الرومانى لا يرتب فى ذمة البائع التزاماً بنقل الملكية، بل التزاماً بنقل حيازة المبيع إلى المشترى، إلا إذا اشترط المشترى على البائع أن ينقل له الملكية. وكذلك كان الحكم فى القانون الفرنسى القديم، فكانت الملكية لا تنتقل فيه إلا بالقبض. ولكن مراحل طويلة من التطور فى هذا القانون انتهت إلى أن يكون القبض أمراً صورياً، وكان يكفى أن يذكر فى عقد البيع أن القبض قد تم (clause de dessaisine saisine) حتى تنتقل ملكية المبيع إلى المشترى.

وقطع التقنين المدنى الفرنسى فى سنة ١٨٠٤ آخر مرحلة من مراحل التطور، فجعل البيع ذاته ناقلا للملكية إذ رتب فى ذمة البائع التزاماً بنقلها إلى المشترى. ومن ذلك الحين أصبح البيع ناقلاً للملكية فى التقنينات الحديثة، ومنها التقنين المصرى السابق والتقنين المصرى الجديد، وإن كان الفقه الإسلامى قد تعجل هذا التطور وجعل البيع ناقلا للملكية قبل ذلك بدهور طويلة، وسنرى ذلك عند تفصيل القول فى هذا التطور فيما يلى[٢].

١١ – خصائص عقد البيع – اشتباهه بعقود أخرى: وقد رأينا فيما تقدم أن أهم خصائص عقد البيع هو نقله لملكية حق فى مقابل عوض نقدى، فهو إذن عقد معاوضة ناقل للملكية والثمن فيه نقد[٣]. وهذه الخصائص وحدها تكون عادة كافية لتمييز عقد البيع عن غيره من العقود. فكونه معاوضة يميزه عن عقد الهبة مثلا، الذى هو أيضاً ناقل

=أى حق عينى آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق، إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم، وذلك دون اخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل». ولاشك فى أن جعل الالتزام بنقل الملكية هو الذى ينقلها من تلقاء نفسه أدق من إسناد هذا الأثر إلى عقد البيع، وبخاصة إذا أحيط هذا الأثر بقيوده فلا تنتقل الملكية إلا إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم دون إخلال بقواعد التسجيل. وهذه كلها قيود لا ترد على عقد البيع ذاته، فلو لم يكن محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم فإن العقد يبقى بيعاً، وهو مع ذلك لا ينقل الملكية وإنما ينشئ التزاماً بنقلها. وكذلك البيع غير المسجل يبقى بيعاً، مع أنه لا ينقل الملكية إلا بالتسجيل. وهذا ما جعل الأستاذ سليمان مرقس يستدرج فيقول: «ولعل ما حدا المشرع إلى ذلك ملاحظته أن بعض البيوع لا يترتب عليها هذا الأثر ورغبته فى وضع تعريف شامل لجميع أنواع البيع».

وقد تولى الأستاذ منصور مصطفى منصور (البيع والمقايضة والإيجار فقرة ٩ ص١٤– ص١٦) الرد بتفصيل على اعتراض الأستاذ سليمان مرقس. قارن الأستاذ عبد المنعم البدراوى (فقرة ٢٣ ص٣٦) والأستاذ عبد الفتاح عبد الباقى (فقرة ١٢ ص١٤– ص١٦) والأستاذ جميل الشرقاوى (فقرة ٧) والأستاذين أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى (فقرة ٢٧).

(١) أنظر فقرة ٢٢٩ – فقرة ٢٣٢ فيما يلى.

(٢) أنظر فقرة ٢٣١ فيما يلى.

(٣) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن نقل الملكية فى مقابل ثمن معين يكون بيعاً، ولو لم يذكر لفظ البيع (١ يونيه سنة ١٩١٥ م٢٧ ص٤١٢).

للملكية ولكنه ليس معاوضة بل تبرعاً. وكونه ناقلا للملكية يميزه عن عقد الإيجار مثلا الذى لا ينقل للمستأجر ملكية العين المؤجرة بل يقتصر على أن يرتب له حقاً شخصياً ف ذمة المؤجر للانتفاع بالعين. وكون المقابل فى عقد البيع هو مبلغ من النقود يميز هـ العقد عن عقد المقايضة مثلا، والمقابل فى المقايضة ليس مبلغاً من النقود.

ومع ذلك قد يلتبس عقد البيع بهذه العقود ذاتها أو بعقود أخرى، فيدق تمييزه عنه ونضرب لذلك الأمثلة الآتية:

١– قد يدق التمييز بين البيع والهبة إذا كانت الهبة مقابل عوض هو مبلغ م النقود. فقد يكون هذا المبلغ كبيراً إلى حد يقرب من قيمة الشئ الموهوب، وعند ذلك يصح التساؤل هل العقد هبة بعوض أو هو بيع سمى الثمن فيه عوضا[١]. والعبرة في التمييز بين فرض وآخر بنية التبرع[1]، فإذا كانت موجودة في جانب العاقد الذى أعطى الشئ كان العقد هبة مهما بلغ مقدار العوض، وإلا فالعقد بيع[٢]. ووجود نية التبر

(١) وهناك فروق واضحة بين أحكام البيع وأحكام الهبة من وجوه مختلفة: من ناحية الشكل، ومن ناحية الأحكام الموضوعية وبخاصة من ناحية الدعوى البوليصية وصدور التصرف فى مرض الموت وضمان الاستحقاق وضمان العيوب الخفية والغلط فى الشخص وغير ذلك من المسائل التى تعرف فى مواضعها.

(1) أ– إذا كان الحكم المطعون فيه قد انتهى صحيحا إلى تنجيز التصرف، فانه لا يتعارض مع تنجيزه عدم استطاعة المتصرف إليه دفع الثمن المبين بالعقد لان التصرف الناجز يعتبر صحيحا سواء أكان العقد فى حقيقته بيعا أو هبة مستترة فى عقد بيع استوفى شكله القانونى.

(جلسة ١٩٧٩/٣/٢٩ مجموعة أحكام النقض السنة ٣٠ ص٩٨٤ ع١)

ب– الخلاف حول ما إذا كانت ملكية القاصر للاطيان موضوع النزاع قد آلت إليه من والده على سبيل الهبة أم بطريق التبرع هو فى حقيقته نزاع حول تكييف عقد البيع الصادر للقاصر من أبيه وهل كان بيعاً حقيقا دفع فيه الثمن من طرف ثالث تبرعا للقاصر أم كان هبة مستترة من الاب.

(جلسة ١٩٨٠/٥/١٩ الطعن ٩٥٧ لسنة ٤٩ق)

(٢) وقد يتخذ البيع ستاراً للهبة، فيذكر فيه عوض على أنه الثمن، ثم يهب البائع الثمن للمشترى. مثل هذا العقد لاشك فى طبيعته فهو هبة، بل هبة مكشوفة. وتسرى عليه أحكام الهبة، لا من حيث الموضوع فحسب بل أيضاً من حيث الشكل. فإذا أتقن الواهب ستر الهبة ولم يذكر أنه وهب الثمن للمشترى بل ذكر أنه قبضه، فالعقد هبة مستورة، تسرى عليه أحكام الهبة من حيث الموضوع، ولا تسرى عليه أحكامها من حيث الشكل فلا تشترط فيه الرسمية.

بل إن الوصية – وهى تصرف من جانب واحد لا عقد، وتبرع كالهبة لا معاوضة كالبيع – تلتبس كثيراً بالبيع وتتخذه ستاراً لها. وقد جاء فى الجزء الأول من الوسيط فى هذا الصدد:

«وكثيراً ما تستتر الوصية تحت اسم آخر كالبيع، فعلى محكمة الموضوع أن تتبين إرادة المتصرف وأن تكيف هذه الإرادة التكييف القانونى الصحيح خاضعة فى ذلك لرقابة محكمة النقض... ونية المتصرف تقوم عليها علامات كثيرة، كاستمرار وضع يد البائع على العين واستغلالها إلى حين وفاته وكفقر المشترى وعدم قدرته على دفع الثمن المسمى فى العقد، وكعدم تسجيل العقد، وكاستمرار قيام البائع بدفع الأموال الأميرية أو العوائد من تاريخ البيع إلى تاريخ وفاته... وتضمن القانون ==

== الجديد نصاً في هذه المسألة هو المادة ٩١٧، وتقضي بأنه «إذا تصرف شخص لأحد ورثته، واحتفظ بأية طريقة كانت بحيازة العين التي تصرف فيها وبحقه في الانتفاع بها مدى حياته، اعتبر التصرف مضافاً إلى ما بعد الموت، وتسرى عليه أحكام الوصية، ما لم يقم دليل يخالف ذلك». ويبرر مسلك القانون الجديد وميله إلى ترجيح جانب الوصية على جانب البيع والهبة، مما يؤدى في الغالب إلى تقييد التصرف، أن باعث القضاء على التساهل في تفسير التصرف على أنه بيع أو هبة لا على أنه وصية قد انعدم. فقد كان القضاء يرجح جانب البيع أو الهبة على جانب الوصية لما كانت أحكام الوصية تضيق عن الإيصاء لوارث، فكانت القضاء يعالج بهذا التساهل عيباً في القانون، ليصحح وصايا لها ما يبررها في ظروف الأسرة تحت ستار أنها بيوع أو هبات منجزة. أما اليوم فقد عدل المشرع المصرى من أحكام الوصية، فأجاز الوصية لوارث فيما لا يزيد على ثلث التركة وجعلها كالوصية لغير الوارث، فلم يعد هناك مقتض لتسمية التصرفات بغير أسمائها الحقيقية، وما دامت الوصية السافرة للوارث جائزة، فلا محل إذن للوصية المستترة... ومن ذلك نرى أن القرينة القانونية التي أقامها القانون الجديد – وهي احتفاظ المورث بالحيازة وبحقه في الانتفاع مدى حياته – هي الشئ الثابت في هذه المسألة. وهي قرينة قابلة لإثبات العكس، فيجوز إثبات أن التصرف بيع أو هبة لا وصية بتقديم قرائن في هذا المعنى، كتسجيل التصرف والتنازل عن شرط منع التصرف وتبرير الاحتفاظ بحيازة العين عن طريق أن المشترى قاصر وأن البائع باشر الحيازة نيابة عنه وغير ذلك من الظروف التي تعارض أن التصرف وصية» (الوسيط ١ ص٥٩٦ – ص٥٩٩ في الهامش). ويلاحظ أن المادة ٩١٧ مدني استحدثت قرينة قانونية تتصل بموضوع الحق اتصالا وثيقاً، فلا يكون لها أثر رجعي، شأنها هذا شأن سائر القواعد الموضوعية (الوسيط ٢ فقرة ٣٢٢ ص٦٠١ هامش رقم ٢– بارتان على أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٥٠ هامش رقم ١ مكرر – جنى العلم والصياغة في القانون الخاص ٣ ص٣٣٢ – ص٣٣٤ – الأستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ٤٨– الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١٦ ص٣١ – ص٣٣ – الأستاذ اسماعيل غانم ص٣٣. وأنظر عكس ذلك وأن هذه القرائن متعلقة بقواعد الإثبات، والنصوص الخاصة بالإثبات ما عدا النصوص الخاصة بالأدلة التي تعد مقدماً تسرى على جميع الوقائع بأثر رجعي سواء كانت لاحقه لصدورها أو سابقة: الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٨– الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٨).

ونضيف هنا قضاء لمحكمة النقض في تكييف العقد بيعاً أو هبة: اشترط البائع حق الانتفاع بالمبيع طول حياته ومنع المشترى من التصرف: بيع (٢٢ يونيه سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٣٢ ص٤٠١) – تصرف منجز حال الحياة وسجل قبل وفاة المتصرف بزمن طويل: صحيح إما كبيع أو كهبة مستترة (٢٢ يونية سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٣٤ ص٤٠٢) – اتفاق البائع والمشترى على بقاء العين المبيعة تحت يد البائع لينتفع بها طول حياته: بيع أو هبة مستترة (١٣ أبريل سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر٢ رقم ١٧٩ ص٥٤٧) – نفذ العقد في حياة البائع برفع يده عن الأرض المبيعة واتخاذ كل التدابير اللازمة لتسجيل العقد: بيع (١١ مارس سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٨٦ ص٥٦٤) – الاحتفاظ بحق الانتفاع مدة الحياة ومنع المشترى من التصرف لا يحول دون اعتبار التصرف بيعاً (٨ مارس سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر٤ رقم ٢١٨ ص٥٨٣)– ليس من الضرورى وضع المشترى يده على العين لتكييف العقد بيعاً (١٩ مايو سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٢٢ – ص٧١٨) – نزل البائع للمشترين عن باقي الثمن واشترط ألا يتصرف المشترون في المبيع ما دام حياً ولكن صدر منه بعد ذلك إقرار يلغى هذا الشرط ويطلق للمشترين حرية التصرف، فهذا بيع لا وصية (٨ يونية سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر٢ رقم ١٨٨ ص٥٧٤) – لا يكفى لتكييف العقد وصية اشتراط موافقة البائع على تصرف المشترى (٢٩ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض١ رقم ٤٤ ص١٥٢) – بيع مسجل من والد إلى ولده: بيع أو هبة مستترة (٢٠ ديسمبر سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٤٦ ص٢٥٦) – اشتراط البائع على المشترى عدم التصرف في ==

مسألة واقع، يقدرها قاضي الموضوع وحده دون رقابة عليه من محكمة النقض[١]. و
يرجح وجود هذه النية أن يكون العرض في مصلحة شخص ثالث غير الواهب، بل قد يكو
الموهوب له الحقيقي هو هذا الشخص الثالث وقد وسط الواهب المتعاقد الآخر بينهما[٢].

٢– وقد يدق التمييز بين البيع والإيجار إذا وقع العقد لا على الشئ ذاته، بل عل
ثمراته أو منتجاته. ويقال عادة إن الفرق بين الثمرات (fruits) والمنتجات (produits) ه
أن الأولى دورية (pério dique) تتجدد دون انتقاص، أما الأخرى فتتناقص حتى تنف
فمحصولات الأرض تعتبر ثمرات لأنها تتجدد في أوقات دورية، أما الفحم والبترول والمعاد
والحجر في المناجم والمحاجر فهذه كلها منتجات لأنها غير دورية بل إن مصيرها إلى النفاد
ومن ثم فقد قيل إن العقد إذا وقع على الثمرات فهو إيجار إذ يقع على منفعة الأرض
المتجددة التي لا تنفد، وإذا وقع على المنتجات فهو بيع إذ يقع على هذه المنتجات ذاتها ا
على منفعة متجددة[٣]. ويغلب أن يكون هذا صحيحاً، ولكنه قد لاى صدق في بعض

== العين المبيعة ما بقي البائع حياً لا يمنع من تكييف العقد بيعاً (٢٤ يناير سنة ١٩٥٢ مجموع
أحكام النقض ٣ رقم ٦٩ ص٤٠٦– وفي تكييف العقد وصية: لم يسجل البيع واستأجر البائع المبي
ورهن بعض الأطيان (٢ مارس سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٧٦ ص٢٨٩) – وجو
ورقة ضد تقضي بأن البيع لا يسرى إلا بعد وفاة البائع (٦ مارس سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكا
النقض٣ رقم ١٠٢ ص٥٩٧)، استبقاء البائع حيازة المبيع وعدم دفع المشترى للثمن ومنعه م
التصرف وعدم إلزامه بدفع الأموال (١٠ أبريل سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٣٠
ص٨٩٧) – تصرف من والد إلى ولده بثمن بخس مع احتفاظ البائع بحق الانتفاع ومنع المشترى
من التصرف (٢٢ مايو سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٧٢ ص١١٢٠) – عقد صاد
من مورث إلى وارث وقد ثبت أن المورث لم يكن في حاجة إلى بيع أملاكه ولم يقبض ثمناً وظل
واضعاً يده على المبيع طول حياته واحتفظ بالعقد عنده حتى لا يسجل (٢٨ أكتوبر سنة ١٩٥٤
مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١ ص٣٢)– وقضت محكمة النقض بأنه إذا كان النزاع غير قائ
حول صحة التصرف باعتباره وصية، وإنما كان قائماً حول تعرف نية المتصرف هل هي البيع أو الهب
أو الوصية، فلا شأن لجهة الأحوال الشخصية به، بل الشأن فيه لجهة القضاء العادى (٩ نوفمبر سن
١٩٤٤ مجموعة عمر٤ رقم ١٥٦ ص٤٣٧).

وأنظر أيضاً في تكييف العقد وهل هو وصية أو عقد تمليك منجز: نقض مدني ٥ يناير سنة ١٩٥٦
مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٢ ص٤٣ – ٢٦ يناير سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم
١٥ ص١٢٥ (إيداع مبلغ في صندوق التوفير باسم شخص معين) – ٢ فبراير سنة ١٩٥٦ مجموعة
أحكام النقض ٧ رقم ١٩ ص١٤٨ – ٩ فبراير سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٢٦
ص٢٠٥– ١٥ مارس سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٤٥ ص٣٠٦.

(١) جيوارا فقرة ٧٠.

(٢) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٨.

(٣) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣ ص٥ – الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١١– وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كانت محكمة الموضوع قد استخلصت من أوراق الدعوى أن الطاعن قد تعاقد مع وزارة المالية على أن يقوم باستغلال النطرون الجاف بمستنقعات منطقتين رسا مزادهما عليه مقابل ثمن معين، وعلى أن يدفع لوزارة المالية علاوة على هذا الثمن كذا جنيهاً عن كل طن، =

الحالات. فقد يبيع صاحب الأرض المحصول الناتج منها وهو لا يزال في الأرض، فيكون العقد بيعاً لهذا المحصول لا إيجاراً للأرض. ويغلب في هذه الحالة ألا يسلم البائع الأرض للمشترى ولا يسلم له إلا المحصول، وأن تكون مصروفات الزراعة على صاحب الأرض لا على المشترى. أما في الإيجار فتسلم الأرض للمستأجر للانتفاع بها، وتكون مصروفات الزراعة على المستأجر لا على صاحب الأرض[1]. ولكن لا يوجد ما يمنع من أن تكون مصروفات الزراعة أو بعضها في الإيجار على صاحب الأرض لا على المستأجر، ولا أن تكون مصروفات إنتاج المحصول الذى باعه صاحب الأرض أو بعض هذه المصروفات على المشترى لا على صاحب الأرض. فالعبرة إذن بنية المتعاقدين، هل أرادوا بيعاً أو إيجاراً، وتتخذ الظروف الخارجية التي أشرنا إليها قرائن قضائية على هذه النية، وقاضى الموضوع هو الذى يستخلص من هذه القرائن ومن غيرها دلالتها، تقديره وتقدير موضوعى لا معقب عليه فيه من محكمة النقض[2]. فقد يؤجر صاحب المنجم أو المحجر منجمه أو محجره ليستغله المستأجر في مقابل أجرة دورية فيكون العقد إيجاراً لا بيعاً، وتسرى أحكام الإيجار وبخاصة ما يتعلق منها بتجديد الإيجار وبامتياز المؤجر وبطريقة الشهر، وكل هذا يختلف تماماً عن الأحكام الخاصة بعقد البيع[3].

وهناك فرض آخر يدق فيه التمييز بين البيع والإيجار، فقد يوصف العقد بأنه إيجار حتى إذا واظب المستأجر على دفع الأجرة لمدة معينة انقلب العقد بيعاً واعتبرت الأجرة أقساطاً للثمن. وهذا ما يسمى بالإيجار الساتر للبيع (location- vente)، وقد ورد فيه

=كما استخلصت في حدود سلطتها الموضوعية أن وزارة المالية لم تتفق مع الطاعن على حد أدنى لكمية النطرون الذى يقوم باستخراجه مقابل الثمن الذى رسا به المزاد عليه، فهذا العقد موضوعه محصول طبيعى غير متجدد وليس ثمرة أو ريعاً للمستنقعات المذكورة، لكونها جزءاً منه لا بد من نفاذه يوماً ما. وحقيقته – مهما كان قد ورد فيه من ألفاظ المؤجرة والإيجار والمستأجر – أنه عقد بيع للنطرون لا عقد إيجار للمستنقعات. والمبيع بموجبه هو عين معينة هى كل النطرون الموجود بالمستنقعات بلا حاجة إلى وزن، وثمنه قد حدد دون توقف على وزن فيما عدا مبلغ الإتاوة. وينبنى على ذلك اعتباره بيعاً جزافاً، فهو يقع لازماً مهما كان مقدار المبيع أقل مما أمله المشترى (٦ ديسمبر سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٣١ ص١٦١).

(١) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢ ص٥– ص٦.

(٢) أما التكييف القانونى للعقد بعد استخلاص نية المتعاقدين الواقعية فمسألة قانون تخضع لرقابة محكمة النقض (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣). ويراعى في التكييف أن البيع ينشئ التزاماً بنقل الملكية، أما الإيجار فينشئ التزاماً بعمل هو تمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة.

(٣) وليس من الضرورى ليكون العقد إيجاراً أن يكون للمستأجر الحق في جميع وجوه الانتفاع بالعين المؤجرة، فقد يؤجر صاحب الأرض بعض منافع أرضه، كأن يؤجر حق الصيد فيها (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣ ص٦).

وقد يقال إن الإيجار عقد زمنى فالزمن فيه عنصر جوهرى، أما البيع فعقد فورى. وهذا المعيار صحيح في جملته وإن كانت هناك بيوع الزمن فيها عنصر جوهرى فتكون عقوداً زمنية وذلك كعقود التوريد.

نص خاص هو نص المادة ٤٣٠ مدنى، ويقضى هذا النص بأن العقد يعتبر في هذه الحالة بيعاً لا إيجاراً فتسرى عليه أحكام البيع. وسنعود إلى هذه المسألة تفصيلا في مكان آخر[1].

وقد يتراوح العقد بين أن يكون بيعاً أو مقايضة. مثل ذلك أن يتعاقد شخص مع آخر على أن يعطيه داراً في مقابل أحد شيئين يختاره المتعاقد الآخر، مبلغ معين من النقود أو أرض معينة. فهنا العقد يكون بيعاً أو مقايضة بحسب المقابل الذى يختاره المتعاقد الآخر، فان اختار النقود كان العقد بيعاً، وإن اختار الأرض كان العقد مقايضة. ولا يقع في هذا الفرض لبس ما، وخصوصيته في أن العقد لا يتمحض منذ البداية بيعاً أو مقايضة[1]، ولا يعرف ذلك إلا عندما يختار المتعاقد الآخر المقابل الذى يدفعه. ولكن قد يدق التمييز فيما إذا أعطى شخص داراً لآخر في مقابل أوراق مالية أو سبائك ذهبية، فهل يعتبر المقابل هنا بمثابة النقد فيكون العقد بيعاً؟ الظاهر أن هذا المقابل، وإن أمكنت معرفة قيمته نقداً بمجرد تبين سعر السوق، إلا أن العبرة فيه هي بطبيعته وقت العقد، وهو ليس نقداً، فيكون العقد مقايضة لا بيعاً. وإذا كان المقابل إيراداً مرتباً مدى الحياة، فقد ذهب البعض إلى أن المقابل ليس بنقود بل هو الحق في المرتب، ومن ثم يكون العقد مقايضة. ولكن الصحيح أن العقد بيع قدر الثمن فيه – وهو نقود – على وجه احتمالى في صورة الإيراد[2]. وإذا كان المقابل بعضه نقود وبعضه غير نقود، فإذا كان العنصر الغالب هو النقود، كما إذا بيعت

(١) أنظر فقرة ٩٠– فقرة ٩٤ فيما يلى – وقد يشتبه البيع بالإيجار في التنازل عن الإيجار والإيجار من الباطن، حيث ينزل المستأجر عن إيجاره لغيره وهذا هو البيع أو يؤجر حقه للغير وهذا هو الإيجار من الباطن. ويرجع في ذلك إلى قصد المتعاقدين، ولكن قد يخفى هذا القصد حتى يدق التمييز. بل يقع أن يتعمد المستأجر وصف العقد الصادر منه بأحد التصرفين وهو يقصد التصرف الآخر. فعمدت الفقرة الأولى من المادة ٥٩٤ مدنى إلى قطع السبيل على هذا التحايل، ونصت على أن «منع المستأجر من أن يؤجر من الباطن يقتضى منعه من التنازل من الإيجار، وكذلك العكس».

(1) المقايضة ليست فحسب مبادلة حق ملكية بحق ملكية آخر بل هي قد تكون مبادلة حق انتفاع بحق انتفاع ويسرى عليها في الأصل أحكام البيع فيعتبر كل متقايض بائعا للشئ الذى كان مملوكا له وقايض به، ومشتريا للشئ الذى كان مملوكا للطرف الآخر وقايض هو عليه، والاثار التى تترتب على المقايضة هي نفس الآثار التى تترتب على البيع من حيث التزامات البائع، فيلزم كل من المتقاضين بنقل ملكية الشئ الذى قاضى به إلى الطرف الآخر، كما يلتزم بتسليمه إياه وضمان التعرض والاستحقاق.

(جلسة ١٩٨٤/٤/١ الطعن ١٨٤ لسنة ٥٣ق س٣٥ ص١١١)

(جلسة ١٩٨٤/٦/١٤ الطعن ٤٢ لسنة ٥١ق)

(جلسة ١٩٨٩/٣/٢٢ الطعن ١٦٧٨ لسنة ٥٦ق)

(٢) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٥ ص٣٥ – الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٣٥ ص١٦٧– الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٨٧ ص١٣٦ – الأستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ١٣٤ ص١٩٣– الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٥٨ ص٩٢ – الأستاذ جمال الدين زكي في العقود المسماة فقرة ١١٨ ص٢٣٢ – الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١٥– وأنظر ما يلى فقرة ٢٠٥.

سيارة جديدة بألفين على أن يحسب من الثمن سيارة قديمة قدرت قيمتها بخمسمائة، فالعقد بيع. أما إذا كان العنصر الغالب هو غير النقود، كما إذا استبدلت سيارة بأخرى متقاربتين في القيمة مع دفع معدل من النقود زهيد، فالعقد مقايضة[1].

وقد قدمنا أن عقد البيع قد يلتبس بعقود أخرى غير العقود الثلاثة المتقدمة الذكر، ونستعرض بعض الأمثلة على ذلك.

١- فقد يدق التمييز بين البيع والوفاء بمقابل. وقد قدمنا في الجزء الثالث من الوسيط[2] أن الوفاء بمقابل قد اختلف في تكييف. فهو في جميع الأحوال ينقل ملكية شئ يعطى في مقابلة دين يوفى به، فيسرى عليه من حيث أنه ينقل الملكية أحكام البيع، وبخاصة ما تعلق منها بأهلية المتعاقدين وضمان الاستحقاق وضمان العيوب. ويسرى عليه من حيث أنه يقضى الدين أحكام الوفاء، وبخاصة ما تعلق منها بتعيين جهة الدفع وانقضاء التأمينات (انظر م٣٥١ مدنى). وقد رأينا أن التكييف الصحيح للوفاء بمقابل أنه تجديد بتغيير محل الدين، فيحل محل الدين الأصلى دين جديد، ويقترن التجديد فى الوقت ذاته بوفاء الدين الجديد عيناً بالشئ المعطى[3]. فيجمع الوفاء بمقابل بين خصائص التجديد وخصائص الوفاء، ويسرى عليه أحكام كل منهما. ثم هو فى الوقت ذاته ناقل لملكية الشئ المعطى، ومن هذه الناحية وحدها أشبه البيع وسرت عليه أحكامه، وبخاصة ما تعلق منها بالأهلية والضمان كما سبق القول[4].

٢- وقد يدق التمييز بين عقد البيع وعقد المقاولة. فإذا كان الصانع هو الذى ورد الخامات التى يصنعها، وكانت الخامات أكبر قيمة من عمله، فالعقد بيع. ومن ثم يكون العقد الذى يلتزم به صاحب المصنع أن يورد مصنوعاته إلى العميل، كما إذا تعهد بتوريد آلات أو أجهزة أو أسلحة أو بواخر أو سيارات أو غير ذلك، هو بيع أشياء مستقبلة. أما إذا كانت الخامات أقل قيمة من العمل، كالرسام يورد القماش (toile) أو الورق الذى يرسم عليه والألوان التى يرسم بها، فهذه الخامات أقل من قيمة عمل الفنان، ويكون العقد عقد مقاولة لا عقد بيع. والخياط (الترزى) إذا ورد القماش وكانت قيمته أقل من قيمة العمل

(١) الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١٥ ص٢٨ – وأنظر ما يلى فقرة ٢٠٤ وفقرة ٤٢٧.

(٢) فقرة ٤٧٧- فقرة ٤٨٠.

(٣) الوسيط ٣ فقرة ٤٨٠.

(٤) قارن الأستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ٥٢. وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن إعطاء المستأجر المحصول للمؤجر للوفاء بالأجرة لا يعتبر وفاء بمقابل ولا يعتبر بيعاً ما دام لم يحدد الثمن. ولكنه تسليم المحصول للمؤجر على سبيل الضمان، مع توكيله فى بيعه لحساب المستأجر بعد خصم الأجرة. فالمحصول فى هذه الحالة لا يزال ملكاً للمستأجر، ومن ثم إذا وقع أحد دائنيه الحجز عليه لم يكن للمؤجر أن يعترض على الحجز بأن وقع على مال غير مملوك للمدين (٦ يناير سنة ١٩١٥ م٢٧ ص١٠٧).

فالعقد مقاولة، وإذا كانت قيمته أكبر فالعقد بيع[1]. وقد تتقارب قيمة القماش وقيمة العمل، فالعقد يكون فى هذه الحالة مزيجاً من بيع ومقاولة[2]. أما المقاول الذى يتعهد بإقامة مبنى، فان كانت الأرض التى يقام عليها المبنى ملكاً لرب العمل كما هو الغالب فالعقد مقاولة، وإن كانت الأرض ملكاً للمقاول فالعقد بيع الأرض فى حالتها المستقبلة أى بعد أن يقام عليها المبنى[3].

٣- وقد يدق التمييز بين عقد البيع وعقد الوديعة. فيقع أن يودع الشئ صاحبه عند آخر ليبيعه بمبلغ معين، على أن يأخذ المودع عنده مقداراً معلوماً أجراً له. مثل ذلك أن يودع المؤلف نسخاً من كتابه فى مكتبة ليبيعها صاحب المكتبة، أو أن يودع تاجر الجملة مجوهرات عند تاجر التجزئة ليبيعها. ففى هذه الأحوال تكون النسخ أو المجوهرات مودعة عند صاحب المكتبة أو عند تاجر التجزئة، وهذا إما أن يبيعها لحساب صاحبها فيكون وكيلا بالبيع بعد أن كان مودعاً عنده، وهو وكيل بالأجر إذ يتقاضى أجراً معيناً على ما يقوم ببيعه. وإما أن يعتبر، عندما يجد مشترياً، أنه هو اشتراها أولا من صاحبها بثمن معين، ثم باعها للعمل بثمن أكبر، والفرق هو مكسبه. والقول بتكييف أو بآخر يتوقف على نية المتعاقدين، وهذه النية يستخلصها قاضى الموضوع من ظروف الواقع[4].

(١) وتنص الفقرة الثانية من المادة ٦٥٨ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى على ما يأتى: «على أنه إذا كانت المواد التى يقدمها الصانع هى الموضوع الأصلى فى العقد ولم يكن العمل إلى فرعاء كان هناك بيع لا استصناع».

(٢) ويقرب من هذا الرأى الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ١٨ ص٣٠.

(٣) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٥.

(٤) قارن بلانيول وهامل ١٠ فقرة ٤- والأستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٥- ومن أقضية محكمة النقض فى اختلاط الوديعة بعقد البيع ما قضت به من أن التزام المودع لديه رد الشئ بعينه عند طلبه شرط أساسى فى وجود عقد الوديعة، فإذا انتفى هذا الشرط انتفى معه معنى الوديعة. فإذا سلم قطن لمحلج بموجب إيصالات ذكر فيها أنه لا يجوز لحاملها طلب القطن عيناً، ثم تصرف صاحب المحلج فى القطن بدون إذن صاحبه، لم يعتبر ذلك تبديداً معاقباً عليه بالمادة ٢٩٦ من قانون العقوبات (م٣٤١ جديد): نقض جنائى ٢١ مارس سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر الجنائية٢ رقم ٣٣٧ ص٤٨٨- وقضت محكمة النقض أيضاً بأنه إذا اشترط فى عقد البيع أن الملكية فى المبيع تبقى للبائع حتى يجريه المشترى، فإن وجود المبيع عند المشترى فى فترة التجربة إنما يكون على سبيل الوديعة، فان تصرف فيه إضراراً بصاحبه فإنه يكون خان الأمانة ويحق عقابه بمقتضى المادة ٣٤١ من قانون العقوبات (نقض جنائى ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ٢٤٧ ص٥٤٩). وقضت كذلك بأنه إذا كان العقد يتضمن إقراراً بدين مصحوباً بتأمين كمية من القطن أودعها المدين لحساب دائنه لدى تاجر قطن كان اشترى فيما اشتراه من الدائن هذه الكمية، وذلك على أن يكون لهذا التاجر حق بيع القطن بسعر الكونتراتات والاستداد بدينه على الدائن وفوائده من ثمنه إذا هبط سعره، ولم يقم البائع بالتغطية بحسب العرف المقرر لبيع الأقطان ببورصة البضائع، فإن هذا العقد ليس مجرد عقد بيع مدنى عادى يكون فى المودع لديه أو المشترى ملزما بنقل أسعار القطن شهراً فشهراً حتى يأذن له البائع فى بيعه، وانما هو عقد يتضمن تكليف المشترى أو المودع لديه ببيعه إذا لم يقم البائع بالتغطية الواجبة عرفا عند هبوط السعر (نقض مدنى ٢٢ يونيه سنة ١٩٢٨ مجموعة عمر٢ رقم ١٣١ ص٤٠١).

٤- وقد يدق التمييز بين عقد البيع وعقد الوكالة. ويحدث ذلك مثلا فى حالة الاسم المستعار أو المسخر (prête-nom)، فانه يشترى باسمه ما وكل فى شرائه، وتنتقل ملكية الشئ إليه ثم ينقل الملكية بعد ذلك بعقد جديد إلى الموكل. فينطوى التسخير إذن على عقد وكالة هو الذى أبرم بين الموكل والمسخر[1]، وعقدى بيع العقد الأول هو الذى أبرمه المسخر مع المتعاقد الآخر والعقد الثانى هو الذى أبرمه المسخر مع الموكل. ومن ثم لا يختلط البيع بالوكالة فى هذه الحالة، بل يقترن بها. وكذلك السمسار والقومسيونجى يقوم كل منهما بشراء الشئ باسمه ولكن لحساب عميله، ثم ينقله إلى العميل بعقد جديد، فيكون هناك عقد سمسرة (وكالة) مقترناً بعقدى بيع على النحو الذى رأيناه فى المسخر[١].

٥- وقد يدق التمييز بين عقد البيع وعقد القرض. ويحدث ذلك فى مثل الفرض الآتى: يريد شخص أن يقترض من آخر، فيعمد إلى شراء سلعة من المقرض بثمن مؤجل، ثم يبيعها بثمن معجل، فيصبح مديناً بالثمن المؤجل ويتقاضى فى الوقت ذاته الثمن المعجل، وترجع السلعة إلى صاحبها كما كانت. وتتكشف هذه العملية المركبة عن أن

---

(١) وقد تختلط الوكالة بالبيع فى البيع مع حق التقرير بالشراء عن الغير (déclaration de com-mande) وقد قضت محكمة النقض بأن تكييف العلاقة القانونية بين المشترى الذى يحتفظ بحق اختيار الغير وبين المشترى المستتر بأنها وكالة، تجرى أحكامها علي الآثار التى تترتب على هذه العلاقة بين الطرفين وبالنسبة إلي الغير، غير جار على إطلاقه. فان بين أحكام الوكالة والأحكام التى يخضع لها شرط اختيار الغير والآثار التى تترتب عليه تنافراً، فاستناد ملكية المشترى المستتر إلى عقد البيع الأول رغم عدم وجود تفويض أو توكيل منه إلى المشترى الظاهر قبل البيع، وبقاء العين فى ملكية المشترى الظاهر إذا لم يعمل حقه في الاختيار أو إذا أعمله بعد الميعاد المتفق عليه، وهى أحكام مقررة فى شرط اختيار الغير، كلها تخالف أحكام الوكالة تماما. ولئن كان الفقه والقضاء فى فرنسا قد ذهبا فى تبرير إسناد ملكية المشترى المستتر إلى العقد الأول، وهو أهم ما يقصد من شرط اختيار الغير، إلى افتراض وكالة المشترى الظاهر عن الغير، إلا أن ذلك ليس إلا مجازاً مقصوراً على حالة ما إذا أعمل المشترى حقه فى اختيار الغير فى الميعاد المتفق عليه مع البائع. أما قبل ذلك، أو إذا لم يعمل هذا الحق، أو إذا أعمله بعد الميعاد، فالافتراض يزول وتزول معه كل الآثار المترتبة على الوكالة (نقض مدنى ٩ مارس سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض١ رقم ٨١ ص٣١٢).

(1) البيع مع حق التقرير بالشراء عن الغير - وإن لم يرد فيه نص فى التقنين المدنى إلا أنه من الجائز التعامل به، ويجب لأعمال آثار هذا النوع من البيع أن يذكر شرط اختيار الغير فى العقد بأن يحتفظ المشترى عند ابرام العقد بحقه فى التقرير بالشراء عن الغير ويتفق مع البائع على مدة يعلن المشترى خلالها اسم من اشترى له الصفقة، فإذا أفصح المشترى الظاهر عن المشترى المستتر فى الميعاد المتفق عليه اعتبر البيع صادراً من البائع إلى هذا المشترى المستتر مباشرة وانصرفت إليه آثاره دون حاجة إلى بيع جديد له من المشترى الظاهر.

(جلسة ١٩٨١/٤/١٥ الطعن ١١٠ لسنة ٤٧ق س٣٢ ص١١٣٢)

(جلسة ١٩٦٤/١١/٢٦ مجموعة أحكام النقض السنة ١٥ ص١٠٧٢)

(جلسة ١٩٦١/١١/٢٣ مجموعة أحكام النقض السنة ١٢ ص٧١٣).

المشترى إنما هو مقترض، اقترض الثمن المعجل على أن يؤدى بدله الثمن المؤجل عند حلول الأجل، ويكون الثمن المؤجل أعلى من الثمن المعجل والفرق بين الثمنين إنما هو فوائد القرض. وهذا ما يعرف فى الفقه الإسلامى ببيع العينة[١]. والواجب فى هذه الحالة استخلاص نية المتعاقدين، ويغلب أن تكون هذه النية قد انطوت على قرض بربا فاحش، احتال المتعاقدان للوصول إليه عن طريق بيعين متعاقبين أحدهما بثمن مؤجل والآخر بثمن معجل. ومتى تبين للقاضى أن هذه هى نية المتعاقدين، وجب أن يجرى أحكام القرض وأن يسقط البيعين من حسابه، ومن ثم ينقص الفوائد الفاحشة إلى الحد المسموح به قانوناً. وقد كان بيع الوفاء قبل تحريمه يحقق هذا الغرض فى كثير من الأحوال، فيتخذ وسيلة إلى القرض بربا فاحش. فيتظاهر البائع وفاء أنه يبيع عيناً، وإنما هو يرهنها عند المشترى وفاء فإذا رد القرض فى الميعاد المضروب استرد العين، ويكون المشترى قد استولى على الريع وهو يزيد عادة على الفوائد المسموح بها. وإذا لم يرد المقترض القرض فى الميعاد، ضاعت عليه العين. ومثل هذا العقد يجب اعتباره قرضاً مضموناً برهن[1]، وقد صدر تشريع فى عهد التقنين المدنى السابق يقضى بجعله باطلاً باعتباره بيع وفاء وباعتباره رهناً، أما فى التقنين المدنى الجديد فقد حرم بيع الوفاء ذاته حتى لا يتخذ ذريعة لمثل هذه الأغراض[٢].

١٢- أهمية عقد البيع وكيف حل محل المقايضة: وعقد البيع هو أكثر العقود شيوعاً فى التعامل، فهو قوام الحياة التجارية والمدنية. وحتى قبل أن تتسع ميادين التجارة وتتنوع ضروب البياعات التجارية، كان البيع هو العقد الرئيسى فى مراحل تطور الحضارة، ولا تكاد تذكر العقود المسماة إلا ويكون على رأسها عقد البيع[٣].

---

(١) ويعرف القانون الفرنسى القديم هذا العقد، ويسميه بوتييه Mohatra (بودرى وسينيا فقرة ٢٢).

(1) أ- مفاد نص المادة ٤٦٥ من القانون المدنى أنه يشترط فى بيع الوفاء الذى يبطله القانون أن تتجه إرادة الطرفين وقت ابرام العقد إلى احتفاظ البائع بحق استرداد المبيع خلال مدة معينة ولا يلزم أن يدرج هذا الشرط فى ذات عقد البيع بل يجوز اثباته فى ورقة لاحقة بشرط توافر المعاصرة الذهنية التى تربطه بالبيع، واستظهار شرط المعاصرة الذهنية بين البيع وحق البائع فى الاسترداد يعتبر من مسائل القانون التى تخضع لرقابة محكمة النقض.

(جلسة ١٩٧٦/٣/١٥ الطعن ٥٠٩ لسنة ٤٢ق س٢٧ ص٦٥٢)

ب- الصورية النسبية التدليسية التي تقوم على اخفاء رهن وراء بيع، تعد تحايلا على القانون وما يترتب عليه بطلان البيع، وللمتعاقد أن يثبت بكافة الطرق ومنها البينة والقرائن أن العقد لم يكن بيعا وانما هو على خلاف نصوصه يخفى رهنا.

(جلسة ١٩٧١/٤/٢٧ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٢ ص٥٧١)

(جلسة ١٩٨٤/٦/٢٨ الطعن ١١١٣ لسنة ٥١ق)

(٢) الاستاذ سليمان مرقس فقرة ٣٦.

(٣) وقد نشأت أغلب القواعد العامة لنظرية العقد فى رحاب عقد البيع (الاستاذ جميل الشرقاوى فقرة ٣ ص٧). وفى الفقه الإسلامى بوجه خاص، أحكام عقد البيع هى المصدر الأول الذى يستخلص منه أحكام عامة لنظرية العقد.

ولم يكن البيع معروفاً فى البداية، بل سبقته المقايضة (troc) قبل أن يكشف الناس أن تكون وساطة التعامل فيما بينهم المعادن الثمينة، ثم النقود. فكان الناس فى أقدم العصور يتقاضون سلعة بسلعة، ولكن المقايضة لن تكن تصلح إلا لجمعية بدائية حيث يمكن حصر السلع المرغوب فيها والتقايض عليها. فلما تقدمت الحضارة وتنوعت الحاجات، أصبحت المقايضة كطريق للتعامل عسيرة التناول وقل أن تفى بالأغراض المختلفة التى جدت للناس. وكان لابد من إيجاد سلعة عامة تقوم بها جميع السلع، وتكون هى الواسطة فى التبادل. فكانت المعادن الثمينة هى السلعة المنشودة، وبخاصة الذهب والفضة، يزن المشترى منهما ثمن ما يشتريه. ثم أنشئت دور لسك هذه المعادن، ولم يكن للدولة رقابة عليها فى البداية، ثم أخذت الدولة تبسط رقابتها على هذه الدور إلى أن سيطرت عليها، وأصبحت وحدها هى التى تسك العملة. وهكذا ظهرت النقود وساطة للتعامل[1]، ومنذ ظهرت على هذا النحو ظهر معها عقد البيع، وانتشر هذا العقد فى جميع ضروب التعامل وحل محل المقايضة، وأصبح هو العقد الأول الذى يتعامل به الناس. على أن كل هذا لم يتم إلا تدرجاً، فلا تزال الحضارات القديمة تحمل أثر المقايضة فى معاملاتها، حتى أن الفقه الإسلامى يجعل البيع شاملا لها كما تقدم القول.

ولم تختف المقايضة تماماً من ميادين التعامل، فقد يقع أن يتقايض شخصان شيئاً بشئ، فإذا لم تتعادل القيمتان دخلت النقود ولكن فى دور ثانوى كمعدل (soulte) للقيمتين. ومن ثم نظم المشرع عقد المقايضة عقب عقد البيع، دون أن يفيض فى هذا التنظيم لقلة الحاجة إلى هذا العقد ولأن أحكامه هى عين أحكام البيع، لا فرق بين العقدين إلا فى طبيعة المقابل فهو نقد فى البيع وعين فى المقايضة. وحظ المقايضة فى التعامل الخارجى أوفر من حظها فى التعامل الداخلى، فكثير من الدول فى العصر الحاضر، بعد تعقد شؤون النقد، تتفق فيما بينها على تقايض السلع.

١٣ – تنظيم عقد البيع فى التقنين المدنى السابق: أفاض التقنين المدنى السابق فى تنظيم عقد البيع[2]، فعوض بهذا التبسط اقتضابه فى نصوص النظرية العامة للعقد، حتى كانت هذه النصوص تستخلص من النصوص المتعلقة بالبيع. على أنه بالرغم من تبسطه فى تنظيم عقد البيع، لم يراع ترتيباً علمياً واضحاً فى تنسيق نصوصه. ونترك الكلام للمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد، حيث تنعى هذا النقص على التقنين المدنى السابق فى العبارات الآتية:

«أما البيع بوجه عام، فلم يراع فيه التقنين الحالى (السابق) ترتيباً علمياً واضحاً. فقد خصص الفصل الأول لأحكام البيع، ولكنه لا يكاد يذكر شيئاً من هذه الأحكام، بل هو

(١) وقد هجرت العملة المعدنية فى العصر الحاضر، وحل محلها العملة الورقية.

(٢) خص التقنين المدنى السابق عقد البيع بمائة وإحدى وعشرين مادة وزعت على سبعة فروع، فكان حظه من التنظيم أوفر من أى عقد آخر.

يعرف البيع، ويذكر أركانه وأوصافه، ويبين كيف يكون إثباته، ويستعرض حالات معينة (بيع الجزاف والبيع بالتقدير والبيع بشرط التجربة)، ثم يقرر أن مصروفات العقد ع المشترى وهذه هى المسألة الوحيدة التى يمكن إدخالها فى أحكام البيع. أما المسا الأخرى فمن الواضح أن العنوان الذى وضع لها لا يصدق عليها، ثم إن كثيراً منها لي إلا تكراراً لا فائدة فيه للقواعد العامة، كالإثبات (م٢٣٧/٣٠٢– ٣٠٣) والبيع المعلق ع شرط أو المقترن بأجل (م٢٣٨/٣٠٤) والبيع التخييرى (م٢٤٤/٣١٠). وخصص الفص الثانى للمتعاقدين، فذكر الأهلية والرضا وخيار الرؤية، ثم انتقل إلى بيع المريض مرض المو وبيع عمال القضاء وبيع النائب لنفسه. وظاهر أن هذا خلط لا مسوغ له بين أركان الع وأنواع معينة من البيوع كان الواجب أن ينفرد كل نوع منها بمكان خاص ك قدمنا[1]. وخصص الفصل الثالث للمبيع وقد التزم فيه شيئاً من المنطق، إلا أنه أورد هذا الفصل بيع ملك الغير وكان الواجب إفراده بمكان خاص[2]. وخصص الفصل الرا لما يترتب على البيع، والظاهر أنه يريد أحكام البيع الذى عنون بها خطأ الفصل الأول. و بسط فى هذا الفصل التزامات البائع والتزامات المشترى على ترتيب لا يؤخذ عليه عي واضح. وخصص الفصل الخامس للغبن فى البيع، وكان الأولى ألا ينفصل هذا الموضو عن مكانه الطبيعى عند الكلام فى تقدير الثمن»[3].

١٤ – تنظيم عقد البيع فى التقنين المدنى الجديد – ما استحدث هذا التقنين م التعديلات: أما التقنين المدنى الجديد فقد كان أسد منطقاً فى ترتيب نصوصه، إذا استعرض فى أقسام ثلاثة رئيسية أركان البيع والتزامات البائع والتزامات المشترى.

ففى أركان البيع خص بالذكر المبيع والثمن، استعرض حالات البيع بالعينة والب بشرط التجربة وبيع المذاق، واشترط فى الثمن أن يكون نقداً مقدراً أو قابلاً للتقدير، استطرد إلى الغبن على اعتبار أنه يرد قيداً على حرية المتعاقدين فى تقدير الثمن.

واستعرض التزامات البائع، وهى نقل الملكية والتسليم والضمان. فقرر فى الالتزام بنق الملكية ما هى الأعمال التى يجب أن يقوم بها البائع لتنفيذ هذا الالتزام، وكيف تنتق الملكية فى الشئ المبيع جزافاً. وفى الالتزام بتسليم المبيع ذكر على أى شئ يقع التسلي وحدد طريقة التسليم، وعرض لحالة هلاك المبيع قبل التسليم فبين على من تقع تبعة «

(١) هذه مسألة فيها نظر. فقد عمدنا، فى شرحنا هذا للبيع، إلى أن ندمج هذه المسائل فى أركان الب فى الأماكن المناسبة. فالبيع لعمال القضاء هو بيع لحقوق متنازع فيها، ويتصل هذا اتصالا وث بركن فى البيع هو المبيع. وبيع المريض مرض الموت يتصل أيضاً بالمبيع، من حيث تقييد تصر المريض فى شئ مملوك له رعاية لحق الورثة. وبيع النائب لنفسه يدخل فى النيابة فى التعاقد، وه تتصل اتصالا وثيقاً بالتراضى كركن فى البيع، فيجوز صدور الرضاء من الأصيل أو من النائب.

(٢) وهذه أيضاً مسألة فيها نظر. فبيع ملك الغير يتصل بالمبيع، من حيث إن الأصل أن يكون المب مملوكاً للبائع، وهذا يجر إلى الكلام فى بيع ملك الغير. وهذا ما فعلناه فى شرحنا.

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية٤ ص٧– ص٨.

الهلاك. وفى الالتزام بالضمان ميز بين ضمان التعرض والاستحقاق وضمان العيوب الخفية، وبين فى كل منهما متى يوجد الضمان وماذا يترتب عليه.

واستعرض أخيراً التزامات المشترى، وهى دفع الثمن والمصروفات وتسلم المبيع. فقرر فى الالتزام بدفع الثمن ما الذى يدفعه المشترى، وبين مكان الوفاء وزمانه، ثم ذكر ما يترتب من جزاء على عدم الوفاء بالثمن. واقتصر فى الالتزام بدفع المصروفات على تقرير هذا الالتزام، وفى الالتزام بتسلم المبيع على تقرير الزمان والمكان اللذين يتم فيهما التسليم ومن الذى يتحمل نفقته.

وقد توخى التقنين المدنى الجديد فى كل ما تقدم ألا يقرر حكماً يكون مجرد تطبيق للقواعد العامة، إلا إذا كان فيه شئ من الخفاء، أو كان فى حاجة إلى تحديد، أو كان من الأهمية العملية بحيث يحسن أن يسترعى له النظر[1]. وإذا كان التقنين المدنى السابق قد تبسط فى تنظيم عقد البيع على النحو الذى قدمناه، فان التقنين المدنى الجديد وجد مع ذلك السبيل واسعاً إلى التنقيح، فأضاف نصوصاً جديدة، وحذف نصوصاً معقدة، وعدل أحكاماً معيبة، وصحح أخطاء وقعت فى بعض النصوص. وهذه أمثلة على ما تقدم وردت فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى[2]:

«أضاف نصوصاً جديدة فى البيع بالعينة، وتقدير الثمن تبعاً لأسس معينة أو وفقاً للسعر المتداول فى التجارة والبيع بثمن مقسط، وأبقى حق المشترى فى ضمان الاستحقاق حتى لو اعترف وهو حسن النية بحق المتعرض، كما أثبت للبائع حق التخلص من هذا الضمان إذا هو رد للمشترى ما دفعه للمستحق توقياً من استحقاق المبيع، وأضاف إلى ضمان العيوب الخفية ضمان صلاحية المبيع للعمل».

«وحذف نصوصاً معقدة أو نصوصاً لا تعدو أن تكون مجرد تطبيق للقواعد العامة دون أن يكون فى ذكرها فائدة. من ذلك إثبات البيع وما يدخل عليه من الأوصاف، وأهلية كل من البائع والمشترى، وعيوب الرضاء، والبيع للأعمى، والشروط العامة لمحل الالتزام، والأثر الرجعى للشرط، وظهور العيب فى بعض الأشياء المبيعة دون البعض الآخر، وحدوث عيب جديد بعد العيب القديم، وهلاك المبيع بسبب العيب القديم، وهلاكه بسبب عيب جديد أو بحادث قهرى».

«وعدل أحكاماً معيبة، وحدد أحكاماً مبهمة، وأوجز فى أحكام مسهبة. من ذلك -

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص٨ – ص٩ – وتمثل لذلك المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فتقول : «من ذلك تحديد الأعمال الضرورية لنقل الملكية، ونقل الملكية فى الشئ المبيع جزافاً، وبيان الطريقة فى تسليم المبيع، وتبعة هلاك المبيع قبل التسليم، والاتفاق على تعديل الضمان، وحبس الثمن، وحبس المبيع، وفسخ بيع المنقول لعدم الوفاء بالثمن» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ – ص٩ – ص١٠).

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص١٠ – ص١٢.

البيع بشرط التجربة والفرق بينه وبين بيع المذاق، وعلم المشترى بالشئ المبيع، وضمان القد الذى يشتمل عليه المبيع، وتبعة الهلاك الجزئى، وثبوت ضمان الاستحقاق ولو كان حق الغير شخصياً، وتقادم دعوى ضمان العيوب الخفية بسنة من وقت تسليم المبيع لا بثمانية أيام من وقت العلم بالعيب».

«وصحح أخطاء وقع فيها التقنين الحالى (السابق). من ذلك تبعة الهلاك قبل التسليم فى البيع بالتقدير، وأحكام بيع المريض مرض الموت، ونقل الملكية بالتسليم فى المنقول».

«هذا إلى أن (التقنين الجديد) نقل موضوعات من البيع إلى الالتزامات بوجه عام أ إلى الملكية لأنها موضوعات عامة تجاوز حدود البيع. من ذلك حوالة الدين، وبيع الحقوق فى التركات المنتظرة، وهلاك المبيع فى البيع المعلق على شرط، ونقل الملكية فى العقا والمنقول بالعقد، وإضعاف التأمينات، ونظرة الميسرة».

١٥ – خطة البحث: والخطة التى نتبعها فى بحث عقد البيع أن نتكلم فى أركان هذ العقد، ثم فى الآثار التى تترتب عليه فى فصلين متعاقبين.

ونبحث أنواع البيوع التى أفرد لها التقنين الجديد مكاناً خاصاً بها – بيع الوفاء وبيع ملك الغير وبيع الحقوق المتنازع عليها وبيع التركة والبيع فى مرض الموت وبيع النائب لنفسه – كل نوع فى المكان المناسب له فى الفصل الأول الذى خصصناه لأركان البيع وإذا كان المشرع، من ناحية السياسة التشريعية، وجد من المناسب أن يجمع هذه الأنواع من البيوع وأن يفرد لها مكاناً خاصاً بها حتى يسهل العثور عليها، فان الفقيه من ناحية البحث العلمى، يتردد كثيراً فى تعقب أثر المشرع فى هذه الخطة، ويجد من الأنسب أن يفرغ على كل نوع من هذه البيوع الثوب الفقهى الذى يلائمه فى البيئة التى ينتمى إليها، فان هذا يعين كثيراً على تفهم طبيعة كل نوع، فيسهل بذلك تكييفه تكييفاً قانوني صحيحاً، وهذا من أخص أعمال الفقه. ولا يصعب بعد ذلك العثور على كل نوع منه فى المكان المناسب له، ولا إيراد النواحى العملية وتطبيقات القضاء فى كل نوع، بحيث يمتزج كل هذا بتأصيل فقهى سليم يساعد كثيراً على إدراك حظ هذه التطبيقات العملية من الإصابة والسداد.

الفصل الأول

أركان البيع

١٦ – تطبيق القواعد العامة: أركان العقد، فى نظريته العامة، هى التراضى والمحل والسبب. والسبب فى عقد البيع لا جديد يقال فيه يزيد على ما قيل فى نظرية السبب فى العقد بوجه عام. ويبقى بعد ذلك ركنان للبيع: التراضى والمحل.

الفرع الأول

التراضى فى عقد البيع

١٧ – شروط الانعقاد وشروط الصحة والبيوع المشروطة: هناك شروط للانعقاد فى التراضى، وشروط للصحة. وقد رأينا كل ذلك فى العقد بوجه عام، فنطبق هنا القواعد العامة على عقد البيع بالذات. ولما كانت هناك أوصاف كثيرة تدخل على الالتزامات العقدية، فان البيع من أوفر العقود حظاً فى هذه الأوصاف، وبخاصة فى وصف منها هو الشرط.

فنتكلم إذن، فى مباحث ثلاثة متعاقبة، فى شروط الانعقاد فى عقد البيع، ثم فى شروط الصحة، وننتهى بالكلام فى بعض بيوع مشروطة لها شأن ملحوظ فى مجال التعامل.

شروط الانعقاد

١٨ – التبايع اصالة والنيابة فى التبايع: الأصل أن يتبايع المتعاقدان إصالة عن نفسيهما[١]. ولكن كثيراً ما يتم التبايع بطريق النيابة، إما عن البائع وإما عن المشترى وإما عن كليهما.

المطلب الأول

التبايع إصالة

١٩ – القواعد العامة: عرفنا فى القواعد العامة لنظرية العقد أن شروط الانعقاد فى التراضى هى تلاقى القبول بالإيجاب وتطابقهما. وقد يكون التعاقد بين غائبين، فيتم العقد

(١) وهناك حالات نص عليها القانون يباع فيها الشئ على صاحبه فلا يشترط رضاه، مثل ذلك نزع ملكية الشئ وفاء لدين على صاحبه ونزع الملكية للمصلحة العامة (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢٧).

فى الزمان والمكان اللذين يصل فيهما القبول إلى علم الموجب[١]، ويعتبر وصول القبول إلى الموجب قرينة على علمه به إلى أن يثبت العكس. وقد بسطنا القول فى كل ذلك فى النظرية العامة فى العقد، فتطبق هذه الأحكام فى عقد البيع على النحو الذى قدمناه[٢].

وقد يكون البيع صورياً، وقد بحثنا الصورية فى الجزء الثانى من الوسيط، فنحيل إلى ما قدمناه فى ذلك.

وقد يسبق البيع مرحلة تمهيدية، وهذه هى الوعد بالبيع والبيع الابتدائى والبيع بالعربون.

وقد يتقايل المتبايعان البيع بعد أن أبرماه، والتقايل عقد جديد يفسخ البيع الأول. وقد أشرنا إلى أحكام التقايل فى النظرية العامة للعقد فى الجزء الأول من الوسيط.

والذى نقف عنده هنا مسألتان نطبق فيهما القواعد العامة لنظرية العقد على عقد البيع بالذات:

(١) تطابق الإيجاب والقبول، من ناحية العناصر التى يتم فيها هذا التطابق، ومن ناحية بعض الصور العملية للإيجاب والقبول، ومن ناحية شكل البيع وطرق إثباته وقواعد تفسيره.

(٢) الوعد بالبيع والبيع الابتدائى والبيع بالعربون.

١ – تطابق الايجاب والقبول

٢٠ – العناصر التى يتطابق فيها الايجاب والقبول: كانت المادة ٥٥٧ من المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد تجرى على الوجه الآتى: «يتم البيع برضاء المتعاقدين أحدهما بالبيع والآخر بالشراء، وباتفاقهما على المبيع والثمن». وهذا النص مأخوذ من المادة ٣٠١/٢٣٦ من التقنين المدنى السابق، وكانت تنص على أنه «لا يتم البيع إلا إذا كان برضاء المتعاقدين أحدهما بالبيع والآخر بالشراء وباتفاقهما على المبيع وثمنه». ولما تلى

(١) استئناف وطنى ٢٥ مارس سنة ١٩١٢ الحقوق ٢٨ ص٣٣٨ – استئناف مختلط ٣ يونية سنة ١٩٤٤ م٥٦ ص١٨٠.

(٢) فيجوز التعبير عن البيع والشراء باللفظ والكتابة والإشارة والسكوت، ويكون التعبير صريحاً أو ضمنياً. ويجوز العدول عن الإيجاب قبل أن يرتبط به القبول، إلا إذا عين فى الإيجاب ميعاد لقبوله فيلزم الموجب البقاء على إيجابه طول هذا الميعاد. وإذا مات من صدر منه القبول أو فقد أهليته قبل أن يصل القبول إلى الموجب، فإن ذلك لا يمنع من أن يتم البيع إذا وصل القبول إلى علم الموجب. فهذه الأحكام جميعاً وغيرها من الأحكام التى سبق أن أوردناها فى نظرية الالتزام بوجه عام فى صدد العقد تسرى على البيع كما تسرى على العقود الأخرى، فيرجع فى ذلك إلى الجزء الأول من الوسيط حيث ذكرت هذه الأحكام تفصيلا.

المشروع التمهيدى فى لجنة المراجعة، قررت هذه اللجنة حذفه، لأن حكمه مستفاد من القواعد العامة(١).

فيجب إذن أن يتفق المتعاقدان على طبيعة العقد الذى يقصدان إبرامه(1)، وهو البيع. فلو قصد أحدهما رهناً وقصد الآخر بيعاً، بأن قال صاحب الدار للمتعاقد الآخر خذ هذه الدار وأعطنى ألفاً وقصد أن يرهنها بهذا المبلغ، وقبل الآخر هذا الإيجاب معتقداً أن صاحب الدار يبيعها لا يرهنها، فإن الإيجاب والقبول لم يتطابقا لا على البيع ولا على الرهن، فلا يوجد بيع ولا رهن.

ويجب أن يتفقا على الشئ المبيع، فلو كان للبائع داران وعرض على شخص أن يبيعه إحداهما فظن هذا أنه يبيع الدار الأخرى فقبل شراءها لم يتم البيع، لأن المتعاقدين لم يتفقا على المبيع فقد قصد البائع أن يبيع داراً وقصد المشترى أن يشترط أخرى.

ويجب أخيراً أن يتفقا على الثمن(2)، فلو طلب البائع فى الدار ألفاً ولم يقبل

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية٤ ص١٤- ص١٥ فى الهامش. وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد هذا النص ما يأتى: «النص مطابق للتقنين المصرى الحالى (السابق) م٣٠١/٢٣٦. وهو إن كان مجرد تطبيق للقواعد العامة، إلا أنه يرمى إلى غرضين: (أولا) أن يمهد بذكر المبيع والثمن لإيراد النصوص الخاصة بكل من هذين الركنين. (ثانيا) أن يبين أن البيع عقد رضائى لا يشترط فى تمامه تسجيل ولا كتابة».

وقد نصت المادة ٣٨٨ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى على أنه «لا يكون البيع تاماً إلا إذا اتفق المتعاقدان على نوع العقد وعلى المبيع والثمن» ونصت المادة ٣٧٣ من نفس التقنين على أن «صحة البيع تتوقف على اتفاق المتعاقدين على ماهية العقد وعلى المبيع والثمن والشرائط العامة لصحة الموجبات العقدية».

(1) أ- لا ينعقد البيع إلا إذا اتفق العاقدان على طبيعة العقد الذى يقصدان إبرامه بحيث يتلاقى الايجاب والقبول على حصول البيع، فإذا كانت محكمة الموضوع قد استخلصت استخلاصا سائغا من الخطابين المتبادلين بين الشركة الطاعنة ووزارة التموين المطعون عليها، المفصحين عن ايجاب الشركة وقبول وزارة التموين، ومن الظروف التى لابست التعاقد أن نية الطرفين لم تنصرف إلى البيع، بل إلى الاتفاق على زيادة «مقطوعية السكر» المقررة لمصنع الشركة مقابل استيراد الأخير كمية من السكر من الخارج وكانت الاسباب التى استندت إليها تبرر قانونا هذا التكييف فان النعى على الحكم - فى هذا الخصوص - بمخالفة القانون يكون فى غير محله.

(جلسة ١٩٦٣/١/١٠ الطعن ٣٦٨ لسنة ٢٧ق س١٤ ص٩٣)

(جلسة ١٩٦٢/٦/٢٥ الطعن ٣٩٢ لسنة ٢٦ ق س١٣ ص١٢٧)

ب- طلب الطاعن إحالة الدعوى للتحقيق لاثبات عقدى البيع محل النزاع والمقضى برد وبطلان سندى إثباتهما وهو أمر ممكن وجائز قانونا باعتبارهما عقدين رضائيين يمكن إثباتهما بكافة طرق الإثبات فان الحكم المطعون منه إذ رفض هذا الطلب على سند من أنه غير مؤثر فى الدعوى. قصور.

(جلسة ٢٠٠٠/٥/١٦ الطعن ٩٥١٤ لسنة ٦٦ق)

(2) إذا عرض المشترى فى انذاره للبائعين تنقيض الثمن فرفض البائعون في انذارهم الذى ردوا به - على انذار المشترى - واعلنوا عدم قبولهم هذا العرض وضمنوا هذا الانذار أنهم يعتبرون ما تضمنه عرضا من جانب المشترى للفسخ وأنهم يقبلونه فأنه طالما أن قبولهم هذا يعارض الايجاب الصادر إليهم =

المشترى أن يشتريها إلا بتسعمائة لم يتم البيع لأن المتبايعين لم يتفقا على الثمن(١).

وإذا كان اتفاق المتبايعين على البيع والمبيع والثمن ضرورياً ليتم البيع، فهو أيضاً كاف، ولا ضرورة لتمام البيع لأن يتفقا على أكثر من ذلك(٢). فيتم البيع إذن حتى لو

=من المشترى فان هذا القبول يعتبر رفضا يتضمن ايجابا جديدا بالفسخ وذلك بالتطبيق لنص المادة ٩٦ من القانون المدنى.

(جلسة ١٩٩٧/٢/١٦ مجموعة أحكام النقض السنة ١٨ ص٣٩٤)

(١) نقض مدنى ٩ يونيه سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٣٣ ص٧٩٧ - ويعرض الفقه الفرنسى مقتفيا أثر بوتييه لفرض بعيد الوقوع فى العمل: يطلب البائع فى الدار ألفا ويقبل المشترى أن يشتريها بألف ومائتين، فهل يكون هناك اتفاق على الثمن؟ يذهب بوتييه إلى أن المشترى وقد رضى أن يشترط بألف ومائتين يكون راضياً دون شك أن يشترى بألف، فيتم البيع على ألف (بوتييه فى البيع فقرة ٣٦- بودرى وسينيا فقرة ٢١ ص١٥). وإذا قيل إن البائع وقد رضى أن يبيع بألف يكون راضياً دون شك أن يبيع بألف ومائتين فلم لا يتم البيع على ألف ومائتين، أمكن رد هذا الاعتراض بأن الحل الأصل للملتزم بالثمن - وهو المشترى - هو الحل الذى يؤخذ به، فيتم البيع على ألف لا على ألف ومائتين. وتنص المادة ١٧٨ من مجلة الأحكام العدلية على أنه «تكفى موافقة القبول للايجاب ضمناً، فلو قال البائع للمشترى بعتك هذا المال بألف قرش، وقال المشترى اشتريته بألف وخمسمائة، انعقد البيع على الألف، إلا أنه لو قبل البائع هذه الزيادة فى المجلس لزم المشترى حينئذ أن يعطيه خمسمائة القرش التى زادها أيضاً وكذا لو قال المشترى للبائع اشتريت منك هذا المال بألف قرش، فقال البائع بعته منك بثمانمائة ينعقد البيع ويلزم تنزيل المائتين من الألف».

ونفرض فيما قدمناه أن المشترى وقت أن زاد فى الثمن أو أن البائع وقت أن نقص فيه قد وقع فى غلط. لكن قد يحدث أن المشترى يبدأ بعرض ثمن معين، ويأبى ضمير البائع أن يسايره فى هذا الثمن، فيقبل البيع بثمن أقل هو الثمن العادل فى نظره، فهنا يكون إيجاب المشترى قد عارضه قبول البائع فيعتبر قبول البائع إيجاباً جديداً (م٩٦ مدنى)، ويعتبر سكوت المشترى والإيجاب الجديد نافع له نفعاً محضاً قبولا لهذا الإيجاب الجديد، فيتم البيع على الثمن الأقل. وإذا بدأ البائع بطلب ثمن معين، فأبى ضمير المشترى إلا أن يزيد فى الثمن، فقبول المشترى الشراء بالثمن الأكبر إيجاب جديد يقبله البائع بسكوته، فيتم البيع على الثمن الأكبر (أنظر فى هذا المعنى الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٣٢).

والعبرة بنية المتعاقدين، وتستخلص النية من القرائن فى كل من الفقه الغربى والفقه الإسلامى. جاء فى الفتاوى الخانية «رجل ساوم رجلا بثوب، فقال البائع أبيعه بخمسة عشر، وقال المشترى لا آخذه إلا بعشرة، فذهب به، ولم يقل البائع شيئاً. فهو بخمسة عشر إن كان المبيع فى يد المشترى حين ساومه، وإن كان فى يد البائع فأخذه منه المشترى ولم يمنعه البائع فهو بعشرة. ولو كان فى يد المشترى وقال لا آخذه إلا بعشرة وقال البائع لا أبيعه إلا بخمسة عشر، فرده عليه المشترى، ثم تناوله من يد البائع فدفعه البائع إليه ولم يقل شيئاً، فذهب به المشترى، فهو بعشرة» (شرح المجلة لسليم باز م١٧٨ ص٨٣).

(٢) استئناف وطنى ٣ نوفمبر سنة ١٨٩٢ الحقوق ٧ ص٢٨٥ - استئناف مختلط ١١ يناير سنة ١٩٠٥ م١٧ ص٧٣.

وفى صدد توافق الإيجاب والقبول فى البيع قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن البيع يتم بتوافق الإيجاب والقبول على المبيع والثمن (٢٠ فبراير سنة ١٨٩٠ م٢ ص٣٩٢ - ٣٠ مايو سنة =

كت المتبايعان عن تحديد وقت تسليم المبيع، أو عن تحديد وقت دفع الثمن، أو عما إذا ان الثمن المؤجل ينتج فوائد أو لا ينتج، أو عمن يلتزم بدفع مصروفات البيع، أو عن نحو لك من المسائل. فما دام المتبايعان قد اتفقا على البيع والمبيع والثمن فقد تم البيع(١)،

=١٨٩٤ م٦ ص٣١٠- ٩ مايو سنة ١٨٩٥ م٧ ص٢٦٨)، فلا البيع يتم إذا امتنع أحد المتبايعين من قبول العقد كاملا (٢٤ ديسمبر سنة ١٨٩٠ م٣ ص٩٢- ٤ فبراير سنة ١٨٩١م ٣ ص١٩٤- ٢ نوفمبر سنة ١٨٩٣ م٦ ص٥ - ١٣ مايو ١٨٩٦ م٨ ص٢٩٢- ١٠ مارس سنة ١٨٩٨ م١٠ ص١٩٨ - ٩ يونية سنة ١٨٩٨ م١٠ ص٣١٩). ويجوز أن يغنى عن توقيع المشترى على عقد البيع طلبه التسجيل أو قبضه للعين المبيعة أو تصرفه فى المبيع مستنداً إلى عقد البيع (٤ ديسمبر سنة ١٨٩٥ م٨ ص٢٢- ٢٣ إبريل سنة ١٨٩٦ م٨ ص١٥١- ٢١ فبراير سنة ١٨٩٧ م٩ ص٣١٠- ١٩ مايو سنة ١٨٩٧ م٩ ص٣٤٨ - أول نوفمبر سنة ١٨٩٩ م١١ ص١١٠ - ١١ نوفمبر سنة ١٩٠٣ م١٦ ص٦- ٢٧ يناير ١٩١٦ م٢٨ ص١٣١- ١٨ فبراير سنة ١٩٣٠ م٤٢ ص٢٩٠- ولكن قارن ١٢ فبراير سنة ١٨٩٠ م٢ ص٣٧٣ - ١٤ مايو سنة ١٨٩١ م٣ ص٣٣٤ - ٣١ يناير سنة ١٨٩٤ م٦ ص١٣١- ٢٦ ديسمبر سنة ١٨٩٥ م٨ ص٥٣). وقضت محكمة الاستئناف المختلطة أيضاً بأن البيع الموقع عليه من البائع موحده يلزمه ويجوز للمشترى إجباره على تسليم المبيع، ولكن هذا البيع لا يكون نافذاً فى حق الغير حتى لو سجل (٢٠ ديسمبر سنة ١٨٩٤ م٧ ص٥٦ - ٢٣ يناير سنة ١٨٩٦ م٨ ص٩٩- وفى حكم يكون نافذاً فى حق الغير لو سجل: ٥ مارس سنة ١٨٩٦ م٨ ص١٤٨). ولا يجوز الاحتجاج بعدم توقيع المشترى على عقد البيع إلا ممن له مصلحة فى ذلك كمشتر آخر من الباع أو دائن مرتهن (١٥ يناير سنة ١٨٩٦ م٨ ص٧٤- ١٩ مايو سنة ١٨٩٧ م٩ ص٣٤٨). وقضت محكمة الاستئناف المختلطة أيضاً بأن مجرد إرسال كتاب من صاحب السلعة بعرض سلعته لا يكون إلا إيجاباً غير مقترن بقبول الطرف الآخر (٢٤ أبريل سنة ١٩٠٢ م١٤ ص٢٦٤) وبأن مداولات مجلس إدارة الشركة للترخيص لمدير الشركة فى إيقاع البيع لا تعتبر إيجاباً (٢٥ يونيه سنة ١٩١٨ م٣٠ ص٤٩٠).

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا رأت المحكمة أن العبارة المحررة فى مفكرة المدعى والموقع عليها من المدعى عليه، المتضمنة التزام الموقع بأن يبيع للمدعي الصنف المبينة أنواعه وأوصافه فيها ومقدار كل نوع منه وثمنه وتشمل كل البيانات اللازمة لتوافر أركان عقد البيع ولو أنها مذيلة بعبارة «وهذا لحين تحرير لشروط»، ثم عرضت لتنفيذ هذا الاتفاق فرأت أن نية المتعاقدين فيما يتعلق بباقى شروط البيع من تسليم المبيع ودفع ثمنه قد توضحت من الطريقة التى بينتها فى حكمها وقالت إنهما اتبعاها طوال مدة تنفيذ هذا العقد، فإنها إذ استظهرت توافر أركان التعاقد من التعهد المأخوذ على البائع ومن تنفيذه جزئياً، وإذ استكملت شروط الاتفاق من العناصر الأخرى القائمة فى الدعوى، تكون قد استخلصت ذلك مما ينتجه، فلا تصح مناقشتها فيه أمام محكمة النقض لتعلقه بسلطة محكمة الموضوع فى تقرير الوقائع (نقض مدنى ١٣ مايو سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر٤ رقم ٥٧ ص١٥٤). وقضت من جهة أخرى بأن متى كان الإقرار المتنازع على تكييفه صريحاً فى الإفصاح عن قبول المقر البيع بالشروط التى ارتضاها، وكان المتمسك بهذا الاقرار ينازع فى انعقاد البيع على أساس هذه الشروط، فلا يمكن مع هذا القول بتلاقى الإيجاب والقبول اللازمين لانعقاد البيع، واختلاف الطرفين على مساحة المبيع وحدوده يجعل البيع غير منعقد لعدم الاتفاق على العين المبيعة (نقض مدنى ١٩ يناير سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٥٦ ص٢٠٣). وقضت بأنه إذا أودع عقد البيع والثمن أمانة عند أجنبى، وقرر الأجنبى أن السبب فى الإيداع هو أن البائع كان باع نفس المبيع لشخص آخر واشترط ألا يكون هذا البيع الثانى باتا إلا بعد التقايل من البيع الأول، كيف البيع الثانى بأنه بيع معلق على شرط واقف هو التقايل من البيع الأول (نقض مدنى ٣١ ديسمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض-٢ رقم ٣٦ ص١٨٥).

ويكون المبيع واجب التسليم فوراً، ويكون الثمن واجب الدفع فى الحال، وإذا كان الثمن مؤجلا ولم يتفق على فوائد لم تستحق الفوائد إلا فى حالات خاصة، وإذا لم يعرض المتبايعان لمن يلتزم بدفع مصروفات البيع فالمصروفات على المشترى. فها نحن نرى أن هذه المسائل التى لم يعرض لها المتبايعان قد تكفل القانون بحلها، ولا يجوز بعد أن تم العقد على النحو الذى قدمناه لأحد من المتعاقدين أن يعدل دون رضاء المتعاقد الآخر(١).

ولكن إذا عرض المتعاقدان لشئ من هذه المسائل – ميعاد تسليم المبيع أو ميعاد دفع الثمن الخ – ولم يتفقا على مسألة منها، فان البيع لا يتم – لأنهما عرضا للمسألة ولم يتفقا عليها. وكذلك الحكم إذا احتفظ أحد المتبايعين بمسألة للاتفاق عليها فيما بعد، فاحتفاظ المتعاقد بمسألة دليل على أنه قصد ألا يتم البيع إلا بعد الاتفاق عليها. ومع ذلك فقد نصت المادة ٩٥ مدنى على أنه «إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية فى العقد، واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد، ولم يشترطا أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها، فان المحكمة تقضى فيها طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة(٢)». وقد سبق بيان ذلك تفصيلا فى الجزء الأول من الوسيط(٣).

وسبق كذلك بيان أن الأصل فى الإيجاب ألا يكون ملزماً، فيجوز للموجب الرجوع عنه إلى أن يلتقى به القبول. ولكن إذا مات من صدر له الإيجاب أو فقد أهليته بعد صدور القبول منه، فان ذلك لا يمنع من تمام البيع عند اتصال القبول بعلم الموجب، وهذا ما لم يتبين العكس من التعبير أو من طبيعة التعامل(٤).

٢١ – صور عملية للايجاب: قد يتخذ الإيجاب صوراً عملية مألوفة(1)، فتعمد المتاجر

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الثابت من وقائع الدعوى التى أوردها الحكم أن راغب الشراء بعد أن قبل عرض البائع قد بادر إلى المطالبة بإتمام الصفقة، ووجه فى الوقت المناسب إنذاراً للبائع بتكليفه الحضور لتحرير العقد الرسمى، وانتهى الحكم رغم ذلك إلى القول بأن المشترى عدل عن الصفقة، ولم يدعم قضاءه بذلك بأدلة من شأنها أن تؤدى إليه، بل كان كل ما قاله لا يبرر ما خلص إليه، فإنه يكون معيباً متعيناً نقضه (نقض مدنى ١٤ يونيه سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٦٧ ص٧٢٩).

(٢) مثل ذلك الاحتفاظ بمسألة تعيين من يتحمل من المتبايعين مصروفات خزن المبيع المدة التى بقى فيها مخزوناً، فعدم الاتفاق عليها بعد ذلك لا يمنع من تمام البيع، وتعين المحكمة المتعاقد الذى يتحمل هذه المصروفات طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة.

(٣) الوسيط ١ فقرة ١١١.

(٤) م٩٢ مدنى – الوسيط ١ فقرة ٨٢.

(1) أ– الايجاب هو العرض الذى يعبر به الشخص الصادر منه على وجه جازم عن ارادته فى ابرام عقد معين بحيث إذا ما اقترن به قبول مطابق له انعقد العقد.

(جلسة ١٩٦٩/٦/١٩ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٠ ص١٠١٧)

ب– بيع أملاك الدولة الخاصة عدم تمامه إلا بالتصديق عليه من المحافظين دون سواهم كل فى دائر آختصاصه بعد موافقة اللجنة التنفيذية للمحافظة. اعتبار التصديق قبول للبيع والرغبة فى الشراء =

إلى عرض سلعها عن طريق النشرات والإعلانات و«الكتالوجات» وغيرها من وسائل الدعاية، وتضع بياناً تفصيلياً لما تتجر فيه من السلع، وتذكر أمام كل سلعة ثمنها. وقد يعمد المتجر إلى عرض عينات من السلع التى يبيعها على الجمهور فى واجهة المكان الذى يتجر فيه، ويضع إلى جانب كل سلعة منها بياناً بالثمن الذى يبيعها به[1].

كل هذه صور عملية للإيجاب أصبحت الآن مألوفة فى التجارة، والخصيصة التى تشترك جميعاً فيها هى أن الإيجاب موجه لغير شخص معين بالذات، إذ هو موجه للجمهور فى مجموعه دون تمييز بين شخص وآخر. ومع ذلك يعتبر هذا إيجاباً صحيحاً، لأن الموجب لا يعنيه شخص من يوجه إليه الإيجاب، ولا يهمه إلا أن يبيع سلعته لأى شخص يتقدم لشرائها بالثمن الذى حدده لها. ومن ثم إذا تقدم أى شخص من جمهور الناس إلى المتجر، وقبل أن يشترى السلعة المبينة فى النشرة أو فى الإعلان أو الكتالوج أو الموضوعة فى الواجهة بالثمن المحدد لها، كان هذا قبولا صحيحاً لإيجاب قائم، ويتم عقد البيع على هذا الوجه بتطابق الإيجاب والقبول. ولا يستطيع صاحب المتجر أن يرفض، بعد أن تم العقد على هذا الوجه، تسليم السلعة للمشترى.

على أن هذا الحكم ترد عليه القيود الآتية:

١ - عرض السلع على الجمهور عن طريق النشرات والإعلانات و«الكتالوجات» يكون فى الغالب دعوة إلى التعاقد لا إيجاباً كاملاً، فإذا تقدم شخص إلى صاحب المتجر وطلب منه أن يبيع له سلعة من السلع المبينة فى نشرة أو إعلان أو «كتالوج» غير موجه إليه شخصياً، كان هذا إيجاباً من صاحب السلعة لا قبولا، ويصدر القبول بعد ذلك من صاحب المتجر، ولكن لا يجوز له أن يرفض القبول بعد أن دعا إلى شراء سلعته إلا إذا استند فى ذلك إلى أسباب مشروعة[2]. أما إذا كانت النشرة أو الإعلان أو الكتالوج قد أرسل إلى شخص بالذات بعنوانه الشخصى، وقد قصد صاحب المتجر أن يوجه إليه إيجاباً، فان هذا يعتبر إيجاباً كاملاً، فإذا استجاب له من وجه إليه كان هذا قبولا وتم البيع، ولا يستطيع صاحب المتجر بعد ذلك أن يرجع فى تعاقده. وكذلك عرض السلعة فى واجهة المكان مصحوبة ببيان ثمنها يعتبر إيجاباً لا مجرد دعوة للتعاقد، بالرغم من أن الإيجاب هنا موجه للجمهور لا لشخص معين بالذات، فإذا قبل شخص هذا العرض كان هذا قبولاً وتم البيع. أما إذا كانت السلعة غير معروضة فى واجهة المكان، بل كانت داخل المتجر مصحوبة ببيان ثمنها، وكان دخول المتجر مباحاً للجمهور كما هى العادة، وعرض صاحب المتجر على العميل سلعته وقد بين عليها ثمنها، اعتبر هذا إيجاباً منه إذا قبله العميل تم البيع. أما إذا لم يبين على السلعة الثمن، أو كانت هناك بيانات عن الثمن لا يستطيع العميل إدراك معناها وقد قصد بها أن ترشد صاحب المتجر إلى تحديد الثمن، فان عرض السلعة على العميل فى هذه الحالة لا يعتبر إيجاباً، بل يجب أن يبين صاحب المتجر ثمن السلعة حتى يقوم الإيجاب.

٢ - فى الحالات التى يقوم فيها الإيجاب من صاحب المتجر، وبخاصة عن طريق النشرات والإعلانات والكتالوجات، يكون المفروض أن صاحب المتجر يعرض سلعته ما بقى عنده منها شئ. فإذا نفذت السلعة، ثم أتى عميل بعد ذلك يطلبها، كان لصاحب المتجر أن يعتبر نفاذ السلعة بمثابة رجوع منه فى الإيجاب جرى العرف أن ينتج أثره من غير حاجة إلى إعلانه[1]، فلا يكون التاجر ملزماً باجابة العميل إلى طلبه.

٣ - الايجاب الذى يقوم على هذا الوجه قد يحدد له ميعاد يبقى فيه قائماً، فإذا انقضى الميعاد سقط الإيجاب من تلقاء نفسه. أما إذا لم يحدد ميعاد، فالمفروض أن صاحب

=ايجاب. مؤداه. تخصيص الحكومة للارض وإفصاحها عن رغبتها فى البيع. عدم اعتباره ايجابا من جانبها. قضاء الحكم المطعون فيه بالزام المحافظ بصفته بتحرير عقد البيع تأسيساً على اعتبار القرارين الجمهوريين ٨٣٦ لسنة ١٩٥٧ ، ٥٤٩ لسنة ١٩٧٦ ايجابا من الحكومة صادفه قبول من المطعون ضده بتقدمه للشراء وسداده الثمن. مخالفة للقانون وخطأ فى تطبيقه.

(جلسة ٢٠٠١/٢/٧ الطعن ٤٤٢١ لسنة ٦٣ق)

(١) وقد جاء فى الجزء الأول من الوسيط فى هذا الصدد: «ويكون التعبير الصريح أخيراً باتخاذ أى موقف آخر لا تدع ظروف الحال شكاً فى دلالته على حقيقة المقصود. فعرض التاجر لبضائعه على الجمهور مع بيان أثمانها يعتبر إيجاباً صريحاً، ووقوف عربات الركوب ونحوها فى الأماكن المعدة لذلك عرض صريح على الجمهور، ووضع آلة ميكانيكية لتأدية عمل معين كميزان أو آلة لبيع الحلوه أو لتوزيع طوابع البريد أو نحو ذلك، كل هذا يعد تعبيراً صريحاً» (الوسيط١ فقرة ٧٦ ص١٧٦).

(٢) وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد يشتمل على نص فى هذا المعنى حذف اكتفاء بتطبيق القواعد العامة، فكانت المادة ١٣٦ من هذا المشروع تنص على أنه «يجوز لمن وجه إليه الإيجاب أن يرفض، ما لم يكن قد دعا إليه فلا يجوز له فى هذه الحالة أن يرفض التعاقد إلا إذا استند إلى أسباب مشروعة» (مجموعة الأعمال التحضيرية٢ ص٤٥ - ص٤٦). وجاء فى الجزء الأول =

=من الوسيط فى هذا الصدد: «والتطبيقات العملية لهذا النص كثيرة متنوعة. فهناك طوائف من الناس تستحث غيرها على الإيجاب وتدعوهم إليه، كالتجار فى النشرات والإعلانات وقوائم الأسعار التى يوجهونها إلى الجمهور، وكأصحاب الفنادق والمطاعم يفتحون أبوابهم للطارق، وكأرباب الصناعات يدعون العمال إلى العمل فى صناعاتهم. فإذا استجيبت هذه الدعوة إلى التعاقد، كانت الإستجابة إيجاباً يمتاز عما عداه من ضروب الإيجاب لأن من وجه إليه لا يجوز أن يرفضه لغير سبب مشروع. وقد عللت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى هذا الحكم العادل بما يأتى: «وليس هذا الأثر القانونى إلا نتيجة للحالة التى أنشأها صاحب الدعوة، بل وتطبيقاً من تطبيقات مبدأ جامع هو مبدأ إساءة استعمال الحق، أو التعسف فى استعماله. على أن الإساءة فى هذا الفرض ترد على مجرد رخصة من الرخص، وهذه خصوصية تسترعى الانتباه. وقد تعمد المشرع إغفال تعيين الجزاء الذى يترتب على الرفض التعسفى. فمثل هذا الرفض يرتب مسئولية لاشك فيها. فيجوز أن يقتصر التعويض علي مبلغ من المال، إذا كان هذا الجزاء كافياً. ويجوز للقاضى فى بعض الفروض أن يذهب إلى ما هو أبعد، فيعتبر أن العقد قد تم على سبيل التعويض إذا كان فى الظروف ما يوجب ذلك: مجموعة الأعمال التحضيرية٢ ص٤٥ فى الهامش» (الوسيط١ ص٢١٦ - ٢١٧).

(١) أو يقال إن الإيجاب يقوم ما دامت السلعة موجودة عند التاجر، فإذا نفذت سقط الإيجاب من تلقاء نفسه.

المتجر إنما قصد أن يقوم إيجابه فى خلال مدة معقولة تحدد حسب ظروف المتجر ونوع البضاعة والمألوف فى التجارة. فإذا تقدم عميل بعد انقضاء هذه المدة، لم يكن التاجر ملزماً بإجابته إلى طلبه.

٤– إذا لم يكن عند صاحب المتجر شئ من السلعة وقت أن أصدر إيجابه على النحو السابق، فليس ذلك مبرراً إلى أنه لا يجيب أى عميل إلى ما يطلب، وإلا كان الإيجاب الذى أصدره لا معنى له. وإنما هو أراد بإيجابه أن يتعهد لمن يطلب السلعة بأن يوردها له فى وقت مناسب. فما دامت المدة المعقولة لقيام الإيجاب لم تنقض، كان لأى عميل الحق فى طلب السلعة بالثمن المحدد، وعلى صاحب السلعة توريدها له فى وقت مناسب بهذا الثمن، وليس له أن يحتج بأن السلعة لم تكن عنده ليكون حكمها حكم السلعة التى نفذت(١).

هذا وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد يشتمل فى هذا الصدد على النص الآتى (م١٤٣ من المشروع): «١– يعتبر عرض البضائع مع بيان ثمنها إيجاباً. ٢– أما النشر والإعلان وبيان الأسعار الجارى التعامل بها وكل بيان آخر متعلق بعروض أو طلبات موجهه للجمهور أو للأفراد، فلا يعتبر عند الشك إيجاباً، وإنما يكون دعوة إلى التفاوض(٢)». فحذفت لجنة المراجعة هذا النص لعدم الحاجة إليه، إذ يسهل على القضاء تطبيق هذا الحكم دون نص عليه(٣)(1).

(١) أنظر فى كل ما تقدم من القيود بودرى وسنيا فقرة ٤٦– فقرة ٥٥.

(1) أ– افتتاح المزايدة ولو على أساس سعر معين لا يعتبر ايجابا وأنما الايجاب لا يكون من جانب المزايد بالتقدم بالعطاء أما القبول فلا يتم إلا بارساء المزاد.

(جلسة ١٩٦٤/١/٩ مجموعة أحكام النقض السنة ١٥ ص٦٨)

(جلسة ١٩٦٦/٣/٢٨ مجموعة أحكام النقض السنة ١٧ ص٧٣٠)

(جلسة ١٩٦٨/١٠/٢٩ مجموعة أحكام النقض السنة ١٩ ص١٢٨٧)

ب– دعوى المشترية بصحة ونفاذ عقد بيع الأرض المخصصة لها بالمنطقة الصناعية باحدى المدن الجديدة. خلو الأوراق من صدور قبول من صاحب الصفة بيع الارض بتوقيعه. أثره عدم انعقاده. القضاء برفض الدعوى لعدم صدور هذا القبول صحيح. سداد المشترية الثمن وتسليمها الأرض والتصريح لها بالبناء عليها. لا يغنى عن توقيع العقد من صاحب الصفة.

(جلسة ١٩٩٩/٣/٢٦ الطعن ١٤٩٣ لسنة ٦٣ق)

(٢) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى الصدد: «وقد تقدم فى الفقرة الثانية من المادة ١٣٤ من المشروع أن النشرات والإعلانات وقوائم الأسعار التى يجرى التعامل بها وغير ذلك من البيانات الموجهة للجمهور أو الأفراد تعتبر فى الأصل دعوة لحث الناس على الإيجاب. فليس ينصرف حكم النص فى الصورة التى يواجهها إلى الإيجاب النهائى الملزم الذى ينقلب إلى ارتباط تعاقدى متى اقترن به القبول، وإنما ينصرف هذا الحكم إلى مجرد الدعوة للتقدم بالإيجاب. والاستجابة لهذه الدعوة هى التى تعتبر إيجاباً نهائياً ملزماً، يمتاز عما عداه من ضروب الإيجاب بأن من وجه إليه لا يجوز له أن يرفضه لغير سبب مشروع» (مجموعة الأعمال التحضيرية٢ ص٤٥ فى الهامش).

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية٢ ص٤١ فى الهامش – الوسيط ١ ص١٧٦ هامش رقم ١.

٢٢– شكل عقد البيع: ويخلص مما تقدم أن عقد البيع ليس له شكل خاص، فهو ليس بعقد شكلى، بل هو عقد رضائى. فمتى تم الاتفاق على البيع والمبيع والثمن، فقد تم البيع، دون حاجة إلى ورقة رسمية بل ولا إلى ورقة عرفية. فمجرد تطابق الإيجاب والقبول يكفى، شأن البيع فى ذلك شأن كل عقد من عقود التراضى(١).

على أنه قد ينص القانون فى بعض حالات استثنائية على شكل معين لأنواع خاصة من البيوع، وذلك كبيع السفينة وبيع براءات الاختراع والعلامات التجارية(٢).

وقد يتفق الطرفان على أن يكتب بالبيع ورقة رسمية أو ورقة عرفية. وهذا الاتفاق يمكن أن يقصد به أحد أمور ثلاثة:

(الأمر الأول) أن يكون المتبايعان قد أرادا باتفاقهما هذا بيعاً كاملا باتا، وإنما اتفقا على أن يعدا ورقة رسمية أو ورقة عرفية كدليل لإثبات هذا البيع، إمعاناً منهما فى الحصول على وسيلة قوية للاثبات. ويسمى هذا الاتفاق بالعقد الابتدائى، وحقيقته أنه بيع كامل يؤخذ فيه بالشفعة، وإذا مات أحد المتبايعين قبل إعداد الورقة المتفق عليها كانت الورثة باعتبارهم ممثلين للتركة ملتزمين مكانه بالمساهمة فى إعداد هذه الورقة. وسنعود إلى هذه المسألة بتفصيل أوفى عند الكلام فى العقد الابتدائى. ولا يكون البيع الابتدائى فى هذه الحالة عقداً شكلياً، بل يبقى عقداً رضائياً، أما البيع النهائى فيكون عقداً شكلياً

(١) استئناف وطنى ١٥ مايو سنة ١٨٩٣ الحقوق ٨ ص١٩٧ – ٤ مايو سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٤ ص٥٢٦ – ٢١ فبراير سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ١٠٥ ص٢٠١– استئناف مختلط ٢ يونيه سنة ١٩٠٨ م٢٠ ص٢٦٢.

وتنص المادة ٣٧٦ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى على أنه «يجوز أن يكون البيع خطياً أو شفهياً مع مراعاة القواعد الموضوعة لبيع الأموال الثابتة». وكان التقنين المدنى المصرى السابق ينص صراحة على رضائية عقد البيع، فكانت المادة ٢٣٧ وطنى على أنه «يجوز أن يكون البيع بالكتابة أو بالمشافهة»، وتقابلها المادة ٣٠٢ مختلط: «البيع يجوز أن يكون بالكتابة بسند رسمى أو غير رسمى»، والمادة ٣٠٣ مختلط: «البيع يكون بالمشافهة أو بالإشارة».

هذا ولم يغير قانون التسجيل فى العقار من رضائية البيع، فسنرى أن بيع العقار لا يزال عقداً رضائياً والتسجيل ليس ضرورياً إلا لنقل الملكية.

(٢) وقد قضت المادة ١١ من قانون التجارة البحرية رقم ٨ لسنة ١٩٩٠ على أن «تقع التصرفات التى يكون موضوعها انشاء أو نقل أو انقضاء حق الملكية أو غيره من الحقوق العينية على السفينة بمحرر رسمى وإلا كانت باطلة»

وإذا كان الثمن ايرادا مرتبا، لم ينعقد البيع إلا بالكتابة فيكون عقدا شكليا، وقد نصت المادة ٧٤٣ مدنى على أن «العقد الذى يقرر المرتب لا يكون صحيحا إلا إذا كان مكتوبا» وتقضى المادة ١٤٩ من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية الصادر برقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ بأن كل تصرف يرد على حق المؤلف فى استغلال مصنفه لا ينعقد إلا بالكتابة، وقد يكون التصرف فى المصنف بيعا فيكون البيع فى هذه الحالة شكليا.

وتعتبر بيوعا شكلية البيوع الجبرية وبيع عقار القاصر والغائب.

بموجب الاتفاق. فإذا امتنع أحد الطرفين من المساهمة في إعداد الورقة المتفق عليها أمكن الطرف الآخر إجباره على ذلك قضاء، بأن يحصل على حكم بثبوت البيع منذ الاتفاق الأول، ويحل الحكم محل الورقة العرفية أو الرسمية المتفق عليها.

(الأمر الثانى) أن يكون المتعاقدان قد قصدا باتفاقهما مجرد وعد بالبيع، وأن البيع لا يتم إلا عند كتابة الورقة العرفية أو الرسمية. وقد يكون هذا الوعد من جانب أحد الطرفين، أو من جانب كل من الطرفين. فإذا أخل الواعد بالتزامه ولم يساهم فى إتمام البيع بكتابة الورقة المتفق عليها، أجبره الطرف الآخر على تنفيذ التزامه عينا بالحصول على حكم يقوم مقام عقد البيع. والبيع فى هذه الحالة يكون شكلياً لا يتم إلا بكتابة الورقة المتفق عليها أو بالحكم الذى يصدر لإجراء البيع، ولا يعتبر الحكم موجوداً إلا من وقت كتابة الورقة أو من وقت صدور الحكم، بخلاف الحالة الأولى فقد رأينا أن البيع يكون موجوداً من وقت الاتفاق الأول.

(الأمر الثالث) أن يكون الطرفان لم يقصدا لا بيعاً كاملا باتا كما فى الحالة الأولى، بل ولا مجرد وعد بالبيع كما فى الحالة الثانية. وإنما قصدا إعداد مشروع للبيع يحدد شروطه مبدئياً، على أن يتم البيع بعد ذلك بكتابة الورقة العرفية أو الرسمية. وفى هذه الحالة لا يكون هذا المشروع ملزماً لأحد منهما، ويستطيع كل منهما الامتناع عن إبرام البيع ولا يجوز للطرف الآخر إجباره على ذلك عن طريق القضاء. فإذا ما قبل الطرفان إبرام البيع بعد ذلك عن طريق كتابة الورقة المتفق عليها، فان البيع يتم ولكن من وقت كتابة الورقة، ويكون البيع شكلياً فى هذه الحالة[1].

٢٣ – اثبات عقد البيع: عقد البيع يثبت طبقاً للقواعد العامة فى الإثبات. وتعتبر قيمة البيع بمقدار الثمن، فإذا بيعت دار بألف كان التزام البائع بنقل ملكية الدار قيمته ألف

(١) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٧ – وانظر أيضاً لوران ٢٤ فقرة ١٢٨ – جيوار فقرة ٩ – بودرى وسينيا فقرة ١٨٨ – وكان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد يتضمن نصاً يقضى، إذا اشترط المتعاقدان الكتابة، بأن يفترض عند الشك أنهما قصدا ألا يتم العقد إلا بالكتابة، فتكون الكتابة شكلا لا مجرد طريق للاثبات. ولكن لجنة المراجعة حذفت هذا النص لإمكان الاستغناء عنه، فيرجع إذن فى كل حالة إلى قصد المتعاقدين، وهل أرادا الشكل أو طريق الإثبات، وما هى قيمة الاتفاق الابتدائى الذى أبرماه هل هو بيع كامل أو وعد بالبيع أو مجرد مشروع غير ملزم.
وتنص المادة ١٥٨٢ من التقنين المدنى الفرنسى على أن البيع «يمكن حصوله بعقد رسمى أو بعقد عرفى». وكان أصل المادة: «بيع العقارات يجب أن يحصل بالكتابة، ويمكن حصوله بعقد رسمى أو عقد عرفى». ولكن حذف شرط الكتابة فى بيع العقارات، وبقيت المادة بعد حذف هذا الشرط، فأصبحت توهم أن البيع تلزم فيه الكتابة. والتفسير الصحيح لهذا النص أن للمتبايعين كتابة ورقة رسمية أو ورقة عرفية إذا أرادا تحرير العقد، أما البيع ذاته فيتم بمجرد التراضى (لوران ٥ فقرة ١٢٦ – فقرة ١٢٧ – جيوار١ فقرة ٧ – أوبرى ورو ٥ ص٢٨ هامش رقم ١ مكرر – بودرى وسينيا٧ فقرة ١٨ وفقرة ١٨٥ – الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٧ ص٢٥ وهامش رقم ١).

لأن الدار قومت بهذا المقدار[١]. وكان التزام المشترى بدفع الثمن قيمته ألف بطبيعة الحال.

ومن ثم يثبت عقد البيع بالبينة أو بالقرائن إذا كان الثمن لا يزيد على خمسمائة جنيه[٢]. فإذا زاد الثمن على هذا المقدار، أو كان غير معلوم القيمة بأن كان إيراداً مرتباً مدى الحياة مثلا، لم يجز إثبات البيع إلا بالكتابة أو بما يقوم مقامها طبقاً للقواعد العامة[٣]. ويقوم مقام عقد البيع الحكم النهائى القاضى بوقوع البيع وصحة التعاقد[٤].

٢٤ – تفسير عقد البيع: عقد البيع، كسائر العقود، تجرى عليه القواعد العامة فى تفسير العقد.

فإذا كانت عبارات البيع واضحة، لم يجز الانحراف عنها من طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتبايعين (م١٥٠/١ مدنى). ففى تفسير الشروط الظاهرة لا تجيز محكمة النقض لقاضى الموضوع أن ينحرف عن معناها الظاهر إلى معنى آخر، ويعتبر الانحراف عن عبارة العقد الواضحة تحريفاً لها ومسخاً وتشويهاً مما يوجب نقض الحكم.

أما إذا كانت عبارات البيع غير واضحة، وجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفى للألفاظ (١٥٠/٢ مدنى)[1]. ويستهدى القاضى،

(١) وهذا بخلاف حوالة الحق، فقد يباع حق معروف المقدار بثمن أقل، فيكون التزام المحيل قيمته أكبر من قيمة التزام المحال له (الوسيط٣ فقرة ٢٦٢).

(٢) أو كان البيع تجارياً، وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان طرفا النزاع تاجرين، فلا جناح على المحكمة إن هى أحالت الدعوى على التحقيق ليثبت المدعى صدور بيع منه إلى المدعى عليه وقيمة الأشياء المبيعة، وذلك لأن الإثبات فى المواد التجارية جائز بكافة طرق الإثبات (نقض مدنى ٢٨ يناير سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٦٨ ص٤٥٨). وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه يجوز إثبات البيع التجارى بالقرائن كتصدير البضاعة للمشترى وتسليمها إياه (٢٨ مارس سنة ١٩١٧ م٢٩ ص٣٢٦)، وقضت أيضاً بأنه يجوز إثبات البيع التجارى بفاتورة صادرة من البائع ومقبولة من سمسار المشترى (٨ يناير سنة ١٩٣٩ م٥١ ص١٢١).

(٣) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا قدم المشترى إيصالا بالثمن بتوقيع البائع، عد الإيصال مبدأ ثبوت بالكتابة يبيح إثبات مساحة الأرض المبيعة وحدودها ووقوع البيع باتا بالبينة (١٥ يناير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص٨٩).

(٤) استئناف مختلط سنة ١٨٩٦ م٨ ص٢٥٢ – وقد كانت العبارة الأخيرة من المادة ٣٠٣/٢٣٧ من التقنين المدنى السابق تنص صراحة على تطبيق القواعد العامة فى الإثبات فتقول: «إنما فى حالة الإنكار تتبع القواعد المقررة فى القانون بشأن الإثبات».

(1) متى كان الحكم قد نهج فى تفسير العقد منهجا قويما إذ نظر إلى نصوصه وتبين ما انصرفت إليه نية المتعاقدين وقت التعاقد فانتهى من ذلك إلى وصف صحيح للعقد بأنه عقد بيع خلا من تحديد موعد لدفع الثمن ثم أنزل عليه حكم القانون الصحيح فإنه لا يكون مخالفا للقانون.
(جلسة ١٩٥٧/٤/٤ الطعن ١٠١ لسنة ٢٣ق س٨ ص٣٥٣)
(جلسة ١٩٥٨/٣/٢٠ الطعن ٨٩ لسنة ٢٤ق س٩ ص٢٢٣)
(جلسة ١٩٦٢/٦/٢٥ الطعن ٣٩٢ لسنة ٢٦ق س١٣ ص١٢٧)
(جلسة ١٩٨٠/١٢/٢ مجموعة أحكام النقض السنة ٣١ ص١٩٩٢)

للكشف عن هذه النية المشتركة، بطبيعة التعامل وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقاً للعرف الجارى فى المعاملات.

وإذا قام شك فى التعرف على النية المشتركة للمتعاقدين، فسر عقد البيع بما فيه مصلحة الملتزم، البائع أو المشترى، فان كلا منهما ملتزم بعقد البيع (م١٥١/١ مدنى). أما التقنين المدنى الفرنسى فقد نصت المادة ١٦٠٢/٢ منه على أن «الشروط الغامضة في عقد البيع تفسر لمصلحة المشترى وضد البائع»، أى سواء كان البائع هو الدائن أو المدين[1].

وإذا كان البيع من عقود الإذعان، فلا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة فيه ضاراً بمصلحة الطرف المذعن (م١٥١/٢ مدنى). ففى التعاقد مع شركة المياه وشركة النور وشركة الغاز يكون العميل مشترياً للمياه والنور والغاز بشروط أملتها عليه الشركة، ولا يستطيع هو إلا أن يذعن لها. فإذا كان هناك غموض فى التزامات الشركة، فسر هذا الغموض، لا لمصلحة الشركة المدينة كما كانت القواعد العامة تقضى فيما قدمناه، بل لمصلحة العميل إذ هو الطرف المذعن[2].

٢ - الوعد بالبيع والبيع الابتدائى والبيع بالعربون

٢٥ - مرحلة تمهيدية للبيع النهائى: فرضنا فيما قدمناه أن المتبايعين قد عقدا العزم على التبايع، فأبرما عقد بيع نهائى. ولكن يقع كثيراً أن يمر المتعاقدان بمرحلة تمهيدية، تؤدى على وجه محقق أو غير محقق إلى البيع النهائى. وهذه المرحلة التمهيدية نفسها متدرجة، فقد تكون مجرد وعد بالبيع، وقد تصل إلى أبعد من ذلك فتكون بيعاً ابتدائياً، وكثيراً ما يقترن بالبيع الابتدائى عربون يجيز للعاقد الرجوع فى البيع. وقد سبق أن استعرضنا هذه المرحلة التمهيدية فى التعاقد بوجه عام[3]، وتطبق هنا الأحكام التى سبق أن فصلناها فى العقد على عقد البيع بالذات.

فنستعرض: (أولا) الوعد بالبيع (ثانياً) البيع الابتدائى (ثالثاً) البيع بالعربون.

أولا - الوعد بالبيع

٢٦ - صور ثلاث للوعد بالبيع: قد يتفق المتعاقدان، لا على بيع نهائى، بل على مجرد وعد بالبيع. والوعد بالبيع له صور ثلاث:

(١) وقد أورد الفقه الفرنسى على هذا النص قيدين. أحدهما أنه لا يسرى إلا إذا أعوز القاضى قواعد أخرى لتفسير عقد البيع، والقيد الثانى أنه لا يسرى إلا فى تفسير الشروط الطبيعية المألوفة فى عقد البيع فإذا وضع المشترى شروطاً استثنائية لمصلحته وجب الرجوع إلى القواعد العامة وتفسير هذه الشروط لمصلحة البائع (أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٣ هامش رقم ٣ - بودرى وسينيا فقرة ٢٨٤ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٨). وسنعود إلى هذه المسألة فيما يلى (أنظر فقرة ٢٢٥ فى الهامش).

(٢) أنظر فى مسألة تفسير العقد الوسيط ١ فقرة ٣٨٦- فقرة ٤٠٠.

(٣) الوسيط ١ فقرة ١٣١ - فقرة ١٤٢.

(الصورة الأولى) الوعد بالبيع من جانب واحد (promesse de vente). وفى هذه الصورة يعد صاحب الشئ المتعاقد الآخر أن يبيع منه هذا الشئ إذا رغب الآخر فى شرائه فى مدة معينة. فيكون صاحب الشئ هو الملزم وحده بالبيع. إذا أظهر الطرف الآخر رغبته فى الشراء، أما الطرف الآخر فلا يكون ملزماً بالشراء، بل هو حر إن شاء أظهر رغبته فى الشراء فيتم البيع النهائى، وإن شاء امتنع عن إظهار هذه الرغبة فلا يتم البيع، بل ويسقط الوعد بالبيع.

(الصورة الثانية) الوعد بالشراء من جانب واحد (promesse d'achat). وفى هذه الصورة يعد المتعاقد الآخر صاحب الشئ أن يشترى منه هذا الشئ إذا رغب الأول فى بيعه فى مدة معينة. فهذه، كما نرى، الصورة العكسية للصورة الأولى. ويكون المتعاقد الآخر هو الملتزم وحده بالشراء إذا رغب صاحب الشئ فى بيعه، أما صاحب الشئ فلا يكون ملزماً بالبيع، بل هو حر إن شاء أظهر رغبته فى البيع فيتم البيع النهائى، وإن شاء امتنع عن إظهار هذه الرغبة فلا يتم البيع بل ويسقط الوعد بالشراء.

(الصورة الثالثة) الوعد بالبيع وبالشراء (promesse devente et d'achat)، وتحتها حالتان، حالة الوعد بالبيع وبالشراء من جانب واحد وحالة الوعد بالبيع وبالشراء من الجانبين. ففى الوعد بالبيع وبالشراء من جانب واحد يجتمع الوعد بالبيع ملزماً لجانب صاحب الشئ دون المتعاقد الآخر، والوعد بالشراء ملزماً للمتعاقد الآخر دون صاحب الشئ، أى تجتمع الصورتان المتقدمتان. فيكون صاحب الشئ ملزماً ببيعه إذا أظهر المتعاقد الآخر رغبته فى الشراء فى المدة المحددة، وقد لا يظهر هذه الرغبة فيسقط الوعد بالبيع كما قدمنا. ويكون، من ناحية أخرى، المتعاقد الآخر ملزماً بالشراء إذا أظهر صاحب الشئ رغبته فى البيع فى المدة المحددة، وقد لا يظهر هذه الرغبة فيسقط الوعد بالشراء كما قدمنا. ونرى من ذلك أن هناك احتمالا فى هذه الحالة أن كلا من صاحب الشئ والمتعاقد الآخر، الأول لا يظهر رغبته فى البيع والثانى لا يظهر رغبته فى الشراء، فيسقط كل من الوعد بالبيع والوعد بالشراء فى وقت واحد. وهذا بخلاف الوعد بالبيع وبالشراء من الجانبين، فهذا وعد ملزم للجانبين وهو بيع كامل، وليس هو اجتماع وعد بالبيع ملزم لجانب واحد ووعد بالشراء ملزم لجانب واحد، وسنرى تفصيل ذلك فيما يلى:

١ - الوعد بالبيع من جانب واحد

٢٧ - أمثلة عملية: يحدث كثيراً أن يجد الشخص نفسه فى حاجة إلى الحصول من آخر على وعد بالبيع دون أن يتقيد هو بالشراء.

فالمستأجر لدار قد يقوم عنده احتمال فى أن يشترطها، ولكنه لا يريد أن يتقيد بالشراء منذ البداية، إما لأنه يريد تجربة الدار وقتاً كافياً وهو يسكنها كمستأجر، وإما لأنه فى حاجة إلى وقت لتدبير ثمن الدار وقد لا يستطيع تدبيره، وإما لأى سبب آخر. ففى هذه الحالة يحصل، إذا استطاع، من صاحب الدار على وعد ببيعها منه إذا أبدى المستأجر رغبته فى

راء فى مدة معينة تكون غالباً هى مدة الإيجار. فيتسع للمستأجر الوقت لتجربة الدار أو
بير الثمن، وقد لا تعجبه الدار أو لا يتيسر له تدبير الثمن، فلا يظهر رغبته في الشراء
ن ثم يسقط الوعد. أما إذا أعجبته الدار أو تيسر له تدبير الثمن فما عليه إلا أن يبدى
بته فى الشراء فيتم البيع[١].

وقد يقع أن شخصاً يريد إنشاء مصنع على أرض معينة، فيستأجرها من صاحبها ويقيم
يها المصنع. ويحصل فى الوقت ذاته على وعد من صاحب الأرض ببيعها منه فى مدة
ينة إذا رغب في شرائها. فإذا هو دبر المال اللازم للشراء، أبدى رغبته فى أن يشتريها فيتم
يع، وقد أتيح له بذلك الوقت الكافى لتدبير الثمن.

وقد يقع أن يكون بناء مستشفى أو مدرسة أو نحو ذلك يقتضى أن يقوم البناء على
طع متجاورة من الأرض لملاك مختلفين، فيعمد من يريد البناء إلى الحصول على وعد
لبيع من كل مالك على حدة، حتى إذا اكتمل له وعود من جميع الملاك، أبدى رغبته
ى الشراء، فيتم البيع فى جمع القطع اللازمة للبناء.

ويمكن الاكثار من هذه الأمثلة العملية التى يحتاج فيها الشخص إلى الحصول على
وعد بالبيع دون أن يتقيد هو بالشراء[٢]. وفيها جميعاً يكون الوعد بالبيع عقداً ملزماً

---

(١) ويغلب كما قدمنا أن تكون مدة الوعد بالبيع هى مدة الإيجار، فإذا امتد الإيجار امتد الوعد بالبيع، أما إذا انتهت مدة الإيجار فإن مدة الوعد تنتهى حتى لو تجدد الإيجار تجدداً ضمنياً فإن التجدد يعتبر إيجاراً جديداً، وذلك ما لم يجدد الطرفان الوعد لمدة الإيجار الجديد. وإذا انفسخ الإيجار بسبب هلاك العين المؤجرة لم ينفسخ الوعد بالبيع، بل يبقى على العين بعد إعادة بنائها. وفى حالة تأجير العين من الباطن، يظل الوعد قائماً لمصلحة المستأجر الأصلى لا لمصلحة المستأجر من الباطن (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٨٠ – قارن الأستاذ أنور سلطان فقرة ٧٤).
وقد يقع أن مستأجر العين يحصل على وعد ببيعها، ويعطى لصاحب العين الأجرة مضاعفة، فإذا أكمل الثمن كانت له العين، وإلا استرد ما دفعة زيادة على الأجرة (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٧٦).

(٢) فمن هذه الأمثلة العملية: شركات البناء العقارية تتضمن عقود الايجار الصادرة منها وعداً ببيع العين إلى المستأجر – تلجأ الشركات الصناعية إلى الحصول من الأراضى المجاورة لمصانعها على وعد ببيعها ضماناً لتوسع المصانع – مستأجر لأرض زراعية يحصل على وعد ببيعها قبل أن ينفق فى إصلاحها مصروفات كبيرة – شركة تبحث عن معادن فى أرض فتحصل من صاحب الأرض على وعد ببيعها إذا عثرت على المعادن.
وقد قضت محكمة مصر الاستئنافية بأنه إذا تعهد المشترى من الحكومة فى عقد البيع بأن يرد إليها كل أو بعض ما اشتراه منها فى نظير ما يقابله من الثمن المتعاقد عليه إذا لزم للمنفعة العامة، فهذا الشرط إنما هو شرط شخصى يترتب عليه حق عينى، وهو يعتبر بمثابة وعد بالبيع موقوف تنفيذه على إرادة أحد المتعاقدين (٥ ديسمبر سنة ١٩٢٨ المجموعة الرسمية ٣٠ رقم ٤٢ ص١٠١).
وقد يحول سبب دون تقدم شخص للمزايدة بنفسه، فيتفق مع آخر على أن يتقدم هو للمزايدة بعد أن يحصل منه على وعد ببيع العين إذا رسا مزادها عليه. ويجب التمييز بين هذه الصورة وصورة الدخول فى المزاد باسم مستعار. وقد قضت محكمة النقض بأن تحدى المدين بأن من استخدمه للدخول فى =

لجانب واحد، هو جانب صاحب الشئ الذى وعد ببيعه. فننظر كيف ينعقد هذا الوعد بالبيع، ثم نستعرض الآثار التى تترتب عليها إذا انعقد صحيحا.

٢٨– كيف ينعقد الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد انعقاداً صحيحا: رأينا فى الجزء الأول من الوسيط[١] أن المادة ١٠١ مدنى تنص على أن «١– الاتفاق الذى يعد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين فى المستقبل لا ينعقد إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه والمدة التى يجب إبرامه فيها. ٢– وإذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين، فهذا الشكل تجب مراعاته أيضاً فى الاتفاق الذى يتضمن الوعد بإبرام هذا العقد[٢]».

ونرى من ذلك أن الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد ليس مجرد إيجاب من الواعد، بل هو عقد لابد فيه من إيجاب وقبول من الواعد والموعود له[٣](1). ذلك أنه قد يتصور أن

=المزايدة يعتبر فى القانون نائباً عنه بطريق إعارة الاسم، وأن المعار اسمه لا يتملك فى حق الأصيل – هذا التحدى محله أن يكون الثابت فى الدعوى أن من رسا عليه المزاد كان عند رسو المزاد عليه معيراً اسمه. أما إذا كان الثابت أن الراسى عليه المزاد إنما وعد المدين بأن يبيع له الأطيان عند رسو المزاد عليه إذا دفع له الثمن والمصروفات، فذلك لا يصح التحدى به فى إنكار الملكية على الراسي عليه المزاد (نقض مدنى ٢٩ أبريل سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٠٨ ص٦١٣).
وقد يعد مدين دائنه بأن يبيع منه عيناً إذا لم يوف الدين في الميعاد. وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كانت الورقة المختلف على تكييفها – هل هي ورقة ضد عن العقد المتنازع على حقيقة المقصود منه أم هى وعد بالبيع – مذكوراً فيها أنه «وإذا مضى الميعاد المحدد ولم يدفع المبلغ فيكون البيع نافذ المفعول»، فهذا يدل على أن البيع لا يكن نافذ المفعول في مدة الوفاء. وليس هذا شأن بيع الوفاء الحقيقى الذى ينفذ مفعوله كبيع بمجرد التعاقد، وان يتعلق على شرط فاسخ. وإذن فاعتبار تلك الورقة متضمنة شرط تمليك الدائن للأطيان مقابل الدين فى نهاية الأجل المحدد للوفاء هو اعتبار تسوغه عبارتها، وليس فيه مسخ لمدلولها (نقض مدنى ١٥ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض١ رقم ٣٠ ص١٠٣). وفى هذه القضية كان من الممكن أن يتفق الطرفان علي وعد بالبيع يبدأ أثره من وقت حلول الدين وعدم الوفاء به، وهذا يقتضي أن يكون للدائن الحق فى ألا يظهر رغبته في الشراء مؤثراً المطالبة بالدين. أما على اعتبار أن البيع معلق على شرط واقف هو عدم الوفاء بالدين في الميعاد المحدد، فهذا يقتضى أن يتم البيع بأثر رجعى بمجرد تحقق الشرط.

(١) فقرة ١٣٤– فقرة ١٣٥.

(٢) أنظر تاريخ هذا النص فى الوسيط ١ فقرة ١٣٤ ص٢٥١ هامش رقم١.

(٣) وإذا كان القبول صادراً من الموعود له، كما هو الغالب، فهو قبول لا ينشئ فى ذمته التزاما، ومن ثم قد يكون مجرد السكوت قبولا، وبالأولى قد يكون القبول ضمنياً.

(1) النص فى المادة ١٠١ من القانون المدنى يدل على أنه يشترط لانعقاد الوعد بالبيع اتفاق الواعد والموعود له على جميع المسائل الجوهرية للبيع الموعود به حتى يكون السبيل مهيأ لابرام العقد فى المدة المتفق على ابرامه فيها، مما مؤداه أن الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد هو عقد لابد فيه من ايجاب من الواعد وقبول من الموعود له، ومن ثم فهو لا يعتبر بهذه المثابة مجرد ايجاب الواعد بل هو أكثر من ذلك لاقترانه بقبول من جانب الموعود له، كما أنه لا يعتبر فى نفس الوقت بيعا نهائياً بل يبقى دون ذلك لان كلا من الايجاب والقبول فيه لم ينصب على البيع ذاته بل على مجرد الوعد به، كما أن =

صاحب الدار مثلا يصدر منه ايجاب ببيع الدار لشخص آخر ويتضمن الايجاب مدة معينة لقبوله فيكون هذا الايجاب ملزماً. ولكنه لا يكون الوعد بالبيع الذى نقصده هنا. والفرق بينهما أن الوعد بالبيع وسط بين هذا الايجاب الملزم والبيع النهائى. ففى الوعد بالبيع يتفق كل من الواعد والموعود له على أن يبيع الواعد الدار إذا أبدى الموعود له رغبته فى شرائها خلال مدة معينة، فهذا أكثر من إيجاب ملزم لأنه إيجاب قد اقترن به القبول من الطرف الآخر. ولكنه لا يزال دون البيع النهائى، لأن كلا من الايجاب والقبول لم ينصب على البيع ذاته بل على مجرد وعد بالبيع. ولذلك يكون الوعد مرحلة دون البيع النهائى وفوق الايجاب الملزم، ففى الايجاب الملزم لم يلتزم الموجب وعداً بالبيع بل التزم بالبقاء على إيجابه المدة المحددة. ثم إن الوعد بالبيع، من الناحية العملية، مرحلة أقوى وأكثر ثباتاً فى إلزام الواعد من مرحلة الإيجاب الملزم، وتكون المدة المحددة للوعد أطول عادة من المدة المحددة للايجاب الملزم[١].

ويخلص من المادة ١٠١ مدنى التى تقدم ذكرها أنه يشترط لانعقاد الوعد بالبيع الاتفاق على جميع الأركان والمسائل الجوهرية للبيع الموعود به. فيجب أن يتفق الواعد والموعود له على المبيع والثمن وعلى جميع شروط البيع التى يريان الاتفاق عليها، وذلك حتى يكون السبيل مهيأً لإبرام البيع النهائى بمجرد ظهور رغبة الموعود له فى الشراء. ويجب أيضاً أن يحدد المتعاقدان مدة يظهر فى خلالها الموعود له رغبته فى الشراء، حتى إذا انقضت هذه المدة ولم تظهر هذه الرغبة سقط الوعد. ونرى من ذلك أن أقل ما يجب أن يتم الاتفاق عليه لانعقاد الوعد بالبيع هو ما يأتى: (١) العين المراد بيعها، مع تعيينها التعيين الواجب شأن كل مبيع. (٢) الثمن الذى تباع به، مع تحديده تحديداً كافياً شأن كل ثمن[٢]. (٣) المدة التى يجب فى خلالها على الموعود له أن يظهر رغبته

=الالتزام فيه قاصر على جانب الواعد وهو التزام بعمل وينصب على ابرام عقد البيع الموعود به.

(جلسة ١٩٨٤/٦/١٢ الطعن ٣٦٣ لسنة ٥١ق س٣٥ ص١٦٢٧)

(جلسة ١٩٨٣/٤/١٢ الطعن ١٨٤٥ لسنة ٤٩ق)

(جلسة ١٩٦٥/١٢/١٦ الطعن ١٩٨ لسنة ٣١ق س١٦ ص١٢٩١)

(جلسة ١٩٦٤/١/٢٣ الطعن ٥٣ لسنة ٢٩ق س١٥ ص١١٥)

(١) ويقول بودرى وسينيا إن الوعد بالبيع قد يكون فى مرحلة أولى مجرد إيجاب من البائع، وهو إيجاب يستطيع صاحبه العدول عنه. وقد يقوى عن ذلك فى مرحلة ثانية فيكون إيجاباً اقترن بقبول من الطرف الآخر دون أن يتقيد هذا الطرف الآخر بالشراء، فيكون وعداً بالبيع ملزماً لجانب واحد، ويلتزم الموجب بوعده ولا يجوز له العدول عنه، ولكن القابل لا يلتزم بشئ. وقد يصل فى القوة إلى المرتبة العليا فى المرحلة الثالثة، فيلتزم القابل من جانبه هو أيضاً أن يشترى، فيكون وعداً بالبيع وبالشراء ملزماً للجانبين، وهذا يعدل البيع الكامل (بودرى وسينيا فقرة ٥٧).

(٢) وكان بوتييه (البيع فقرة ٤٨١) يذهب، فى القانون الفرنسى القديم، إلى أن الاتفاق على الثمن ليس لازماً لصحة الوعد، ويتولى الخبراء تقديره فى البيع النهائى. ولكن هذا الرأى غير معمول به فى القانون الفرنسى الحديث (بودرى وسينيا فقرة ٦٨).

فى الشراء[1]، وقد يكون الاتفاق على هذه المدة اتفاقاً ضمنياً، كما رأينا فى حالة المستأجر الموعود ببيع العين المؤجرة عندما يتبين من الظروف أن مدة الوعد هى مدة الإيجار[١]. فإذا لم تزد المسائل المتفق عليها فى الوعد بالبيع على ما تقدم، وأبرم البيع بعد ذلك بظهور رغبة الموعود له فى الشراء، فان بقية شروط البيع تستخلص من أحكام القانون، كما هو الأمر فى أى بيع آخر. فيكون تسليم المبيع واجباً فى الحال، ويكون الثمن واجب الدفع فوراً، ويكون حق المشترى فى الثمار وحق البائع فى تقاضى فوائد عن الثمن ومصروفات البيع وكيفية تسليم المبيع وضمان الهلاك وضمان الاستحقاق والعيوب الخفية وغير ذلك من المسائل الكثيرة التى يشتمل عليها عقد البيع خاضعة للأحكام التى تسرى على البيع ووفقاً للقواعد التى قررها القانون فى هذا الشأن.

ولما كان عقد البيع عقداً رضائياً كما قدمنا، فان عقد الوعد بالبيع هو أيضاً عقد رضائى لا يشترط لانعقاده شكل خاص، شأنه فى ذلك شأن البيع. وإذا كانت الفقرة الثانية من المادة ١٠١ مدنى تقضى بأنه إذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين فهذا الشكل تجب مراعاته أيضاً فى الاتفاق الذى يتضمن الوعد بابرام هذا العقد، فان عقد الوعد بالبيع لا يدخل فى مضمون هذا النص، إذ لم يشترط القانون لتمام البيع استيفاء شكل معين كما سبق القول، وهذا ما لم نكن فى حالة من الحالات الاستثنائية التى يكون فيها البيع شكليا[٢]، فعندئذ يجب أن يستوفى الوعد بهذا البيع نفس الشكل الخاص الذى

(١) وكما إذا كان العقد الموعود به لا يجدى تنفيذه بعد فوات وقت معين، فهذا الوقت هو المدة التى يجب فى خلالها إبرام هذا العقد. وإذا اتفق الطرفان على أن تكون المدة هى المدة المعقولة، وكان فى عناصر القضية ما ينهض لتحديد هذه المدة، جاز الوعد بالبيع، لأن المدة هنا تكون قابلة للتحديد، وإذا اختلف الطرفان فى تحديدها تكفل القاضى بذلك (الوسيط فقرة ١٣٤ ص٢٥٣) – أما فى فرنسا فلا يوجد نص – كما يوجد فى مصر – يوجب تحديد المدة فيجوز الوعد بالبيع دون تحديد مدة، ويتولى القاضى تحديد المدة المعقولة (بودرى وسينيا فقرة ٧٠ –).

(1) مؤدى نص المادتين ٩٥، ١/١٠١ من القانون المدنى أنه متى تم الاتفاق بين الواعد والموعود على جميع المسائل الجوهرية للبيع الموعود به وعلى المدة التى يجب فيها على الموعود إظهار رغبته فى الشراء، ينعقد العقد بمجرد إعلان هذه الرغبة خلال مدة الوعد، ولا يؤثر فى صحة انعقاده ونفاذه قيام الخلف بين الطرفين حول تنفيذ أى منهما لالتزاماته المترتبة عليه لأنهما فى النهاية يخضعان فيما اختلفا فيه لأحكام القانون الوارد فى هذا الخصوص، لما كان ذلك، وكان المقصود بالمسائل الجوهرية أركان البيع وشروطه الأساسية التى يرى المتعاقدان الاتفاق عليها والتى ما كان يتم البيع بدونها، وكان الطرفان – على ما يبين من العقد أنهما لم يفصحا عن وجود شروط أخرى أرادا تعيينها لانعقاد الوعد بالبيع عدا أركانه الاساسية وهى المبيع والثمن، ولم يشترطا أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق على المسائل التفصيلية قبل ميعاد الوفاء بالثمن، فان هذا الوعد الصادر من المطعون ضدها قد انقلب إلى عقد بيع تام يرتب كافة آثاره القانونية بمجرد إظهار الطاعن رغبته فى الشراء بانذاره المعلن لها فى... وإذا لم يلتزم الحكم المطعون فيه هذا النظر فأنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون.

(جلسة ١٩٨٠/٢/٢٧ الطعن ٩٧٠ لسنة ٤٩ق س٣١ ص٦١٨٠)

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٢.

يجب أن يستوفيه البيع[1].

ولما كان الوعد بالبيع هو خطوة نحو البيع النهائى كما قدمنا، فان شروط البيع – لا من حيث الانعقاد فحسب بل أيضاً من حيث الصحة – تكون مطلوبة فى الوعد بالبيع. فتعتبر الأهلية بالنسبة إلى الواعد وقت الوعد، ومن ثم يجب أن يكون الواعد أهلا للبيع النهائى وقت الوعد ولو فقد الأهلية وقت إبرام العقد النهائى بأن حجر عليه مثلا. وتعتبر عيوب الأرادة بالنسبة إلى الواعد وقت الوعد أيضاً، فانه لا يصدر منه رضاء بعد ذلك إذ البيع النهائى يتم بمجرد ظهور رغبة الموعود له كما سيجئ. أما أهلية الموعود له فتعتبر وقت البيع النهائى لا وقت الوعد، فيصح أن يكون قاصراً وقت الوعد بشرط أن تتوافر فيه أهلية التصرف وقت ظهور رغبته في الشراء، ذلك أنه لا يلتزم بشئ وقت الوعد وإنما يلتزم عند البيع النهائى. على أنه يجب أن تتوافر فيه أهلية التعاقد – أى التمييز – وقت الوعد، لأن الوعد كما قدمنا عقد وهو أحد طرفيه. أما عيوب الإرادة فتعتبر بالنسبة إليه وقت الوعد ووقت البيع النهائى معاً، إذ أنه يصدر منه رضاء فى كل من هذين الوقتين، فيجب أن يكون رضاؤه فى كل منهما صحيحا[2].

ويكفى أن تتوافر مشروعية المحل والسبب وقت البيع النهائى، حتى لو لم تكن متوافرة وقت الوعد[3].

---

(1) ولا يوجد ما يمنع من أن تكون ضمن شروط الوعد بالبيع الرضائى أنه في حالة ظهور رغبة الموعود له فى الشراء يجب أن يفرغ البيع فى ورقة رسمية. وفى هذه الحالة إذا أظهر الموعود له رغبته فى الشراء، وجب على الواعد أن يشترك مع الموعود له فى إعداد الورقة الرسمية التى تبرم العقد النهائى. ويكون الوعد بالبيع هنا رضائياً مع أن للبيع النهائى شكل، وذلك لأن الشكل هنا لم يشترطه القانون بل اتفق عليه المتعاقدان (أنظر الوسيط ١ فقرة ١٣٥ ص٢٥٣ هامش رقم ٢). وإذا امتنع الواعد عن إمضاء الورقة الرسمية لإبرام العقد النهائى، فمن رأينا أن يقوم الحكم فى هذه الحالة مقام العقد مفرغاً فى هذه الورقة الرسمية، إذ الحكم هو نفسه ورقة رسمية. يؤيد ذلك ما جاء فى المادة ١٠٢ مدنى من أنه «إذا وعد شخص بابرام عقد ثم نكل، وقاضاه المتعاقد الآخر طالباً تنفيذ الوعد، وكانت الشروط اللازمة لتمام العقد، وبخاصة ما يتعلق منها بالشكل، متوافرة، قام الحكم متى حاز قوة الشئ المقضى به مقام العقد». وهذا بخلاف ما إذا كان العقد الموعود بابرامه هو فى الأصل وبحكم القانون عقداً شكلياً كالرهن الرسمى، وكان الوعد به لم يفرغ فى الشكل الرسمى، فالحكم فى هذه الحالة لا يقوم مقام العقد، بل يقتصر القاضى على الحكم بالتعويض (الوسيط١ فقرة ١٣٩). وعلة ذلك أن عقد الوعد فى حالة الرهن الرسمى عقد شكلى لم يستوف الشكل، والمادة ١٠٢ مدنى تشترط كما رأينا أن يكون الوعد بالعقد متوافراً فيه الشكل الواجب قانوناً حتى يقوم الحكم مقام العقد. أما إذا لم يكن هناك شكل واجب قانوناً، كما هو الأمر فى الوعد بالبيع، فليس هناك ما يخل بأحكام المادة ١٠٢ مدنى إذا نحن جعلنا الحكم يقوم مقام العقد، حتى لو اشترط اتفاقاً أن يكون العقد النهائى رسمياً، لأن الشروط اللازمة لتمام الوعد بالبيع – وليس فيها شرط خاص بالشكل – متوافرة، وهذا كاف لجعل الحكم يقوم مقام العقد.

(2) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٧٧.

(3) ولكن الوعد بالبيع ذاته له محل هو إبرام العقد النهائى، ولذلك يجب أن يكون إبرام هذا العقد ممكناً قانوناً، فلا يجوز الوعد ببيع حق فى تركة مستقبلة. كذلك يجب أن يكون الباعث على الوعد – =

٢٩ – الآثار التى تترتب على الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد: إذا انعقد الوعد بالبيع صحيحاً على النحو الذى قدمناه، وجب في بيان الآثار التى تترتب عليه التمييز بين مرحلتين: (١) قبل ظهور رغبة الموعود له فى الشراء فى خلال المدة المحدودة (٢) بعد ظهور هذه الرغبة أو بعد انقضاء المدة المحددة دون ظهورها.

٣٠ – الآثار التى قد تترتب قبل ظهور الرغبة: قدمنا أن الوعد بالبيع عقد ملزم لجانب واحد هو الواعد بالبيع، فلا يترتب أى التزام في جانب الموعود له. والالتزام الذى يترتب فى ذمة الواعد هو التزام بعمل (obligation de faire)، وهذا العمل هو أن يبرم عقد بيع نهائى مع الموعود له إذا أظهر هذا رغبته فى الشراء فى المدة المحددة[1]. ونرى من ذلك أن حق الموعود له فى هذه المرحلة – أى قبل ظهور رغبته – حق شخصى لا حق عينى، فلا تنتقل إليه ملكية الشئ الموعود ببيعه. ويترتب على ذلك أمران:

(الأمر الأول) أن الواعد بالبيع يبقى مالكاً للشئ الذى وعد ببيعه. فله أن يتصرف فيه، وله أن يؤجره وأن يحصل على غلته، وذلك إلى وقت إبرام البيع النهائى[2]. ويسرى بوجه عام تصرف الواعد فى حق الموعود له. فإذا كان الشئ الموعود ببيعه عقاراً، وباع الواعد العقار من آخر، وسجل البيع قبل ظهور رغبة الموعود له فى الشراء، بل وبعد ظهور هذه الرغبة إذا لم يتمكن الموعود له من تسجيل البيع النهائى الذى تم بظهور رغبته فى الشراء قبل تسجيل البيع الأول، فان تصرف الواعد يسرى فى حق الموعود له. أما إذا كان الشئ الموعود ببيعه منقولاً معينا بالذات، وتصرف فيه الواعد قبل ظهور رغبة الموعود له فى الشراء، سرى التصرف فى حق الموعود له وليس لهذا إلا الرجوع بتعويض على الواعد[3].

=وهذا هو السبب – مشروعاً، فلا يصح الوعد ببيع سلاح يريده الموعود له لارتكاب جريمة (الاستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ٩٣). لكن إذا وعد شخص ببيع عين سيرثها، ولم يبد الموعود له رغبته فى الشراء إلا بعد أن ورث الواعد العين، فإن هذا يكون جائزاً.

(1) ولا يعترض على هذا بأن الالتزام يكون إراديا، فإن الإرادة هنا هى إرادة الدائن لا إرادة المدين. هذا إلى أن إرادة الدائن نفسها محوطة بظروف لا تجعل الأمر يتعلق بمحض الإرادة، فهو إذا أبدى رغبته فى الشراء لابد أن يكون قادراً على دفع الثمن وعلى القيام بالتزاماته الأخرى (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٧٦ ص٢٠٣).

(2) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٧٨.

(3) وهذا كله ما لم يستطيع الموعود له أن يطعن فى تصرف الواعد بالدعوى البوليصية، بأن أثبت تواطؤ الواعد مع المتصرف له على الإضرار بحقه، أو كان التصرف تبرعاً حيث لا يحتاج الموعود له إلى إثبات التواطؤ (الوسيط ٢ فقرة ٥٨٨ – قارن بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٧٩). وغنى عن البيان أنه لو تصرف المتصرف له سيئ النية لمتصرف له ثان وكان هذا حسن النية، لم يملك الموعود له الطعن فى التصرف الأخير لأن المتصرف له الثانى حسن النية، وذلك وفقاً لقواعد الدعوى البوليصية (بلانيول وريبير وهامل ١٠ ص١٩١ هامش رقم ٥ – الأستاذ أنور سلطان فقرة ٧٩ ص١٠٣).
ويذهب الأستاذ جميل الشرقاوى إلى اقتصار حق الموعود له على استحقاق التعويض من المتصرف إليه إذا كان سيئ النية، بجانب مسئولية الواعد القائمة على تعاقده، فالحكم بالتعويض هو الجزء الوحيد =

اذا كان تصرف الواعد في المنقول قد صدر بعد ظهور رغبة الموعود له في الشراء، لم يسر تصرف في حق الموعود له، بل اعتبر البيع الصادر له قد أبرم أولا فتنتقل إليه ملكية نقول. وهذا كله مع مراعاة القاعدة التى تقضي بأن الحيازة في المنقول سند الملكية، فإذا صرف الموعود له في المنقول، سواء كان هذا قبل ظهور رغبة الموعود له في الشراء أو بعد لهور هذه الرغبة، فأيهما تسلم العين أولا- الموعود له أو من تصرف له الواعد – يكون الكاً للعين إما بموجب عقد البيع النهائي وإما بموجب الحيازة، ويرجع الآخر بتعويض لى الواعد.

(الأمر الثاني) أنه إذا هلك الشئ الموعود ببيعه قضاء وقدراً، تحمل الواعد تبعة هلاكه[1]، لا لأنه هلك قبل التسليم كما يكون الأمر لو أن البيع النهائي قد أبرم، بل ن الواعد لا يزال هو المالك والأصل أن الشئ يهلك على مالكه. وكهلاك الشئ نزع لكيته، يتحمل الواعد تبعته[2].

=الجائز التطبيق. أما جعل عدم نفاذ التصرف من صور التعويض فيقوم في نظره على خلط بين نظام التصرف القانوني ونظام المسئولية (الأستاذ جميل الشرقاوى فقرة ٣٢ ص٧٥ – ص٧٦). ويشك الأستاذ عبد المنعم البدراوى في إمكان جعل التصرف غير نافذ في حق الموعود له، فإن المشترى إذا تمكن من تسجيل عقده قبل أن يسجل الموعود له البيع النهائي، لم يستطع الموعود له أن يحتج على المشترى بأنه كان سيئ النية وقت أن سجل عقده (الأستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ٩٩).

(1) وإذا تخلف عن هلاك الشئ أو نزع ملكيته شئ يقوم مقامه – التعويض عن الضرر أو مبلغ التأمين أو التعويض عن نزع الملكية – فهل يحل هذا الشئ حلولا عينيا محل الشئ الموعود ببيعه: يجيب الفقه الفرنسي ويذهب إلى سقوط الوعد (بلانيول وريبير وهامل ص١٧٨)، ولكن القضاء الفرنسي يقول بالحلول العيني (نقض فرنسي ١٩ يونيه سنة ١٩٣٤ سيريه ١٩٢٧–١–٥٨ – وانظر أيضاً في هذا المعنى الاستاذ أنور سلطان فقرة ٧٦ ص٩٩ والأستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ١٠١ ص١٥١ – ص١٥٢).

أما إذا هلك الشئ هلاكاً جزئياً، ومع ذلك أبدى الموعود له رغبته في شرائه، فللواعد أن يلزمه بكل الثمن (الأستاذ أنور سلطان فقرة ٧٦ ص٩٩ – ص١٠٠ – الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٥١ ص٨٤ – الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٤١ ص٧٠. وقارن الأستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ١٠١ ص١٥١ والأستاذين أحمد نجيب الهلالي وحامد زكى فقرة ٩٠).

(2) بودرى وسينيا فقرة ٦٧ – فقرة ٦٧ مكررة. وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يجوز بحال أن يحسب على الواعد نزع ملكية بعض العين للمنفعة العامة، لأن نزع ملكية المبيع يجرى عليه حكم هلاكه، وهذا يكون حتما على المالك، وبحكم اللزوم العقلي لا يضمن عنه الواعد بالبيع (نقض مدنى ١٣ يناير سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر رقم ٨٤ ص٢٤٠).

هذا وإلى جانب الأمرين اللذين قدمناهما – استبقاء الواعد للملكية وتحمله تبعة الهلاك – يجوز أيضاً للموعود له أن يحول حقه الشخصي في ذمة الواعد إلى محال له وفقاً لقواعد حوالة الحق (بودرى وسينيا فقرة ٦٩– بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٧٨ – أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٤٩ ص٧). وإذا نزعت ملكية العين الموعود ببيعها للمنفعة العامة، كان التعويض للواعد لا للموعود. وللموعود أن يطالب بمنع الواعد من القيام بأعمال تحول دون إبرام البيع النهائي، كمنعه من هدم الدار الموعود ببيعها. وللموعود له أن يستعمل الدعوى غير المباشرة باسم الواعد، فيرفع دعاوى الحيازة ويقطع =

٣١– الآثار التى تترتب بعد ظهور الرغبة أو بعد انقضاء المدة دون ظهورها: وننتقل الآ إلى المرحلة الثانية، وفيها يقع أحد شيئين: (١) إما أن يظهر الموعود له رغبته في الشراء ف خلال المدة المحددة (٢) وإما أن تنقضى المدة المحددة دون أن يظهر هذه الرغبة.

ففى الحالة الأولى تظهر رغبة الموعود له في الشراء صراحة أو ضمناً، بشرط أ يكون ذلك في المدة المحددة. وتظهر الرغبة ضمناً فيما إذا تصرف الموعود له في الش الموعود ببيع أو إيجار أو غير ذلك، مما تستخلص منه نيته في أنه اعتبر الشئ مملوكاً ا فتصرف فيه على هذا النحو. فإذا ظهرت رغبة الموعود له في شراء الشئ الموعود به، فإ البيع النهائى يتم بمجرد ظهور هذه الرغبة، ولا حاجة لرضاء جديد من الواعد[1]. ويعتب البيع النهائى قد تم من وقت الرغبة لا من وقت الوعد[1]، على أساس أن ظهور الرغب يعد إيجاباً من جانب الموعود له، وهو إيجاب مقبول من الواعد فقد التزم هذا أن يقبل بموجب الوعد الصادر منه[2]. فيتم البيع النهائي، على هذا الوجه، من وقت ظهو

=التقادم، وله أن يطلب تعيين حارس على العين المبيعة إذا شرع الواعد في هدمها (الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٥١ ص٨٦).

(١) استئناف مختلط أول يناير سنة ١٩٢٣ م٣٥ ص٤١٢– بودرى وسينيا فقرة ٧٠ مكررة.

وإذا اشترط في الوعد أن الموعود له يجب أن يدفع الثمن فوراً عند ظهور رغبته، فظهور الرغبة غير المصحوب بالثمن لا يعتد به (أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٤٩ ص٦).

وإذا ارتفعت قيمة الشئ عما كانت عليه وقت الوعد، لم يلزم الموعود له أية زيادة في الثمن. فإذا كان ارتفاع القيمة راجعاً إلى زيادة في المبيع أجراها الواعد دون اتفاق مع الموعود له، اعتبر الواعد في حكم من أحدث هذه الزيادة بسوء نية في ملك الغير (قارن الأستاذ أنور سلطان فقرة ٧٧ – الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٥١ ص٨٤ – الأستاذ كامل مرسى فقرة ٥١ ص٧٠ – الأستاذين أحمد نجيب الهلالي وحامد ذكى ص٩٤ هامش ٣ – الأستاذ محمد حي لميعسى فقرة ١٩٧). ويكون للموعود له الحق في ثمرات المبيع من وقت ظهور رغبته في الشراء لا من وقت صدور الوعد بالبيع (استئناف مختلط ١٨ نوفمبر سنة ١٩/٤ م٢٧ ص٢٧).

(1) ان الوعد الصادر من المطعون ضدها قد انقلب إلى عقد بيع تام يرتب كافة آثاره القانونية بمجرد ظهور رغبة الطاعن في الشراء بإنذاره المعلن لهما في ...
(جلسة ١٩٨٠/٢/٢٧ الطعن ٩٧٠ لسنة ٤٩ق س٣١ ص٦١٨٠).

(٢) فقبول الواعد ليس إذن إلا تنفيذاً للالتزام الذى نشأ في ذمته بموجب الوعد بالبيع، فقد التزم بعمل هو إبرام البيع النهائى، أى قبول الرغبة التى يظهرها الموعود له في الشراء، وإذا نازع الواعد في وقوع البيع، حكم القاضي بوقوعه، وقام حكمه مقام تنفيذ التزام الواعد، لأن الالتزام هنا التزام بعمل تسمح طبيعته أن يقوم حكم القاضي فيه مقام التنفيذ (م٢١٠ مدني). وقد نصت المادة ١٠٢ مدني صراحة على هذا الحكم إذ تقول: «إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل، وقاضاه المتعاقد الآخر طالباً تنفيذ الوعد، وكانت الشروط اللازمة لتمام العقد وبخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة، قام الحكم متى حاز قوة الشئ المقضى به مقام العقد». وليس هذا النص إلا تطبيقاً لنص أعم هو المادة ٢١٠ مدنى، إذ تقول: «في الالتزام بعمل يقوم حكم القاضي مقام التنفيذ إذا سمحت بهذا طبيعة الالتزام». أنظر الاستاذ أنور سلطان فقرة ٧٨ – الاستاذ سليمان مرقس فقرة ٥٣ ص٨٧– ص٨٨ – الاستاذ عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٤٦ ص٦٩. وانظر في الفقه الفرنسي أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٤٩ هامش رقم ١٠ – بودرى وسينيا فقرة ٦٦– بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٨٢.

الرغبة[١] . والأمر واضح فيما إذا كان الشئ الموعود ببيعه عيناً منقولة معينة بالذات، ككتاب أو سيارة أو جهاز أو آلة، فان البيع النهائي يعتبر قد تم بمجرد ظهور رغبة الموعود له في الشراء، وتنتقل ملكية العين إلى الموعود له الذى أصبح الآن مشترياً، ويلتزم هذا بدفع الثمن المتفق عليه للواعد الذى أصبح الآن بائعاً، وتسرى أحكام البيع في سائر المسائل. أما إذا كان الشئ والموعود ببيعه عقاراً، فالبيع يتم أيضاً بمجرد ظهور رغبة الموعود له في الشراء، ولكن الملكية لا تنتقل إلا بالتسجيل. فعلى البائع (الواعد) أن يقوم بالأعمال الواجبة لكتابة العقد والتصديق على إمضائه حتى يكون العقد معداً للتسجيل، فان هو امتنع عن ذلك أو نازع في أن العقد النهائي قد تم جاز للمشترى (الموعود له) أن يحصل على حكم بثبوت البيع يقوم مقام العقد، ومتى سجل هذا الحكم انتقلت الملكية إليـــه[٢] .

وفى الحالة الثانية، إذا لم يظهر الموعود له رغبتـه في الشـراء، تحلل الواعد من وعده وسقط الوعد[٣](1)، وصار الواعد في حل بعد ذلك أن يتصرف في الشئ لمـن يشاء. وهذا هو الحكم أيضاً حتى لو أظهر الموعود له رغبته في الشراء ولكن بعد انقضاء المدة المحددة. كذلك يكون هذا هو الحكم لو أن الموعود له، حتى قبل انقضاء المدة المحددة، أعلن عدم رغبته في شراء الشئ الموعود به، ولو ضمناً كأن تعامل مع الواعد في الشئ على اعتبار أن الواعد هو المالك المستقـر فاستأجـره منه مثلا لمدة تجاوز الوعد. ذلك أن

---

(١) ويجب استبعاد أن يكون الوعد بالبيع بيعاً معلقاً على شرط، إذ أن الموعود له لم يرتبط وقت الوعد أن يشترط ولو تحت شرط، ومن ثم لا يكون لظهور رغبته في الشراء أثر رجعى (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٧٦ ص٢٠٣ – ص٢٠٤). كذلك يجب استبعاد أن يستحيل التزام الواعد، وهو التزام بعمل كما قدمنا، إلى تعويض، إذ هو التزام قابل للتنفيذ العينى عن طريق صدور حكم قضائي (بودرى وسينيا فقرة ٦٤ – فقرة ٦٦– بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٨٢– جوسران ٢ نشرة ١٠٧٣).

هذا ويجوز أن يقضى الحكم الصادر بوقوع البيع بتعويض للموعود له عن الضرر الذى لحقه من جراء عدم مبادرة الواعد إلى الاعتراف بالتزامه (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٨٢).

(1) متى كان المطعون عليه قد تعهد بأن يبيع عقارا للطاعن، إذا قبل هذا الأخير ذلك وقام بدفع الثمن في خلال مدة معينة، فان الحكم لا يكون قد أخطأ إذ كيف هذا الاتفاق بأنه وعد بالبيع من جانب المطعون عليه يسقط من تلقاء نفسه بلا انذار ولا تنبيه إذا انقضى الأجل دون أن يظهر الطاعن رغبته في الشراء.

(جلسة ١٩٥٤/٥/٦ مجموعة القواعد لمحكمة النقض فى الـ٢٥ عاما ٤٢-٣٥١)

(٢) وإذا كان الوعد بالبيع – كما يقول الاستاذ سليمان مرقس – «مدوناً في محرر يحمل توقيع الواعد توقيعاً مصدقاً عليه، جاز للموعود له أن يستغنى عن استصدار حكم يقوم مقام عقد البيع، بأن يسجل عقد الوعد المصدق عليه وإقراراً منه مصدقاً عليه أيضاً بقبول الشراء بناء على الوعد، فيقوم تسجيل هاتين الوثيقتين مقام تسجيل عقد البيع (الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٥٣ ص٨٧ – ص٨٨).

(٣) وذلك دون حاجة لأن يعذر الواعد الموعود له (نقض مدنى ٦ مايو سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١٢٤ ص٨٣٤).

إعلان الموعود له عدم رغبته في الشراء يكون بمثابة نزول منه عن حقه الذى استمده من الوعد[١](1) .

٣٢- الوعد بالتفضيل: وهناك صورة خاصة من الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد هى الوعد بالتفضيل (pacte de préférence). وفى هذه الصورة لا يلتزم الواعد في وعده أن يلتزم ببيع الشئ إذا أظهر الموعود له رغبته في شرائه، وإنما يلتزم، إذا هو رغب في بيع الشئ أن يعرضه أولا على الموعود له تفضيلا له على غيره، فان قبل الموعود له شراءه تم البيع. فالذى يميز هذه الصورة عن الصورة الأخرى في الوعد بالبيع أن الواعد لم يلتزم ببيع الشئ، وكل ما التزم به هو أنه إذا رغب في بيع الشئ وجب عليه أن يعرضه أولا على الموعود له. فلا يتم البيع النهائي إذن إلا باجتماع أمرين: أن يريد الواعد بيع الشئ وأن يريد الموعود له شراءه[٢] . ويكون التزام الواعد بعرض الشئ على الموعود له معلقاً على شرط أن

---

(١) وقد يدفع الموعود له للواعد عربوناً يخسره إذا لم يبد رغبته في الشراء، فإذا لم يبد هذه الرغبة خسر العربون وتحلل الواعد من وعده، ولا يجوز للموعود له أن يحتج بعدم إعذاره، وبأنه كان مستعداً لدفع باقى الثمن (استئناف مختلط ٢٦ أبريل سنة ١٩٢١ م٣٣ ص٢٨٨).

هذا وقد عالج تقنين الموجبات والعقود الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد في نصوص متصلة. فنصت المادة ٤٩٣ من هذا التقنين على «أن الوعد بالبيع عقد بمقتضاه يلتزم المرء ببيع شئ من شخص آخر لا يلتزم شراءه في الحال. ومن طبيعة هذا العقد أنه متبادل. وهو لا يولد موجباً على الموعود، بل يلزم الواعد بوجه بات، فلا يستطيع الرجوع عن عرضه بل يجب عليه انتظار قرار الشخص الموعود». ونصت المادة ٤٩٤ على أن «مفاعيل العقد تنتقل إلى ورثة المتعاقدين بما توجبه لهم أو عليهم». ونصت المادة ٤٩٥ على أنه «إذا تفرغ الواعد لشخص عن شئ منقول بالرغم مما التزمه، فهو يملك المتفرغ له ذلك الشئ، لكنه يستهدف لأداء بدل العطل والضرر إلى الشخص الموعود لعدم قيامه بالموجب الذى التزمه». ونصت المادة ٤٩٦ على أنه «عندما يصرح الشخص الموعود بعزمه على الشراء، يتحول الوعد إلى بيع دون أن يكون له مفعول رجعى، ويتم انتقال الملكية في يوم القبول. على أنه يرجع في تعيين مقدار العين إلى اليوم الذى وعد فيه البائع». ونصت المادة ٤٩٨ على «أن الوعد بالبيع فيما يختص بالأموال غير المنقولة خاضع للقوانين العقارية المرعية الإجراء».

(1) يشترط قانونا لانعقاد عقد بيع إذا ما أبدى الموعود له رغبته في التعاقد، مطابقة إرادته لارادة الواعد التى عبر عنها في وعده مطابقة تامة في كل المسائل الجوهرية التى تناولها التعاقد فإذا اقترنت هذه الرغبة بما يعدل في الوعد فلا ينعقد العقد ما لم يقبل هذا التعديل إذ تعتبر هذه الرغبة بمثابة ايجاب جديد فلا ينعقد به العقد إلا إذا صادفه قبول من الطرف الآخر، فإذا كانت محكمة الموضوع قد استخلصت بأسباب سائغة وفى نطاق سلطتها الموضوعية إن ارادة طرفى العقد لم تتطابق بشأن ركن الثمن فإن الحكم إذا انتهى إلى أن البيع لم يعقد لفقده ركنا جوهريا من أركان انعقاده وهو الثمن ورتب على ذلك بقاء عقد الايجار المبرم بينهما من قبل ساريا كما كان قبل إظهار المستأجر رغبته فى الشراء لا يكون قد خالف القانون.

(جلسة ١٩٦٥/١٢/١٦ الطعن رقم ١٩٨ لسنة ٣١ق س١٦ ص١٢٩١).

(٢) ومن الأمثلة العملية للوعد بالتفضيل أن يكون لشخص دار في مدينة يتوقع أن يرحل عنها، فيحصل منه شخص آخر على وعد بأنه إذا أراد بيع الدار عند رحيله فعليه أن يعرضها على الموعود له، حتى إذا قبل هذا شراءها تم البيع النهائي. أما إذا حصل صاحب الدار من الشخص الآخر على وعد بالشراء،=

يريد بيعه، ولا يقال إن هذا شرط إرادى محض من جانب المدين، فان إرادة الواعد بيع الشئ ليست إرادة محضة، بل هى متصلة بظروف خارجية قد تدفعه أن يمتنع عن بيعه مع شدة رغبته فى ذلك، فالشرط إذن شرط مختلط وليس شرطاً إرادياً محضاً[1].

وينعقد الوعد بالتفضيل على النحو الذى ينعقد به الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد، فيجب أن يكون مشتملا على الشئ الموعود به والثمن الذى يباع به والمدة التى يجب فى خلالها أن يعرض الواعد الشئ على الموعود له إذا أراد بيعه[2]. وكل ما قلناه فى انعقاد الوعد بالبيع وفى صحته يقال هنا.

= فان هذه الحالة تختلف عن حالة الوعد بالتفضيل المتقدمة من وجهين: (أولا) فى حالة الوعد بالشراء لا يكون صاحب الدار ملزماً ببيعها من الشخص الآخر بل يجوز له أن يبيعها من غيره، بخلاف حالة الوعد بالتفضيل فإن صاحب الدار يكون فيها ملزماً بعرض الدار على الشخص الآخر إذا أراد بيعها. (ثانيا) فى حالة الوعد بالشراء يكون الشخص الآخر ملزماً بالشراء إذا عرضت عليه الدار، بخلاف حالة الوعد بالتفضيل فإنه لا يكون ملزماً بذلك.

وهناك أمثلة عملية أخرى للوعد بالتفضيل: يحصل المستأجر من المؤجر على وعد بتفضيله إذا أراد هذا بيع العين المؤجرة - يحصل مشترى العقار من البائع على وعد بتفضيله فى عقار آخر مملوك للبائع إذا أراد هذا بيعه - يبيع شخص عينا من آخر ويتفق مع المشترى على أنه إذا أراد هذا أن يبيع العين وجب عليه أن يعرضها على بائعها الأول، وهذا ما يسمى بالوعد بإعادة البيع (promesse de revente) - أنظر بودرى وسينيا فقرة ٧١ مكررة ثانيا- بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٨٤ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٥٥.

(١) بودرى وسينيا فقرة ٧١ مكررة - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٨٤ - ويذهب الأستاذ عبد المنعم البدراوى - مشيراً إلى رسالة Leduc ص٢٣٥ - إلى أن الوعد بالتفضيل هو فى الحقيقة وعد بالبيع فى طريق التكوين تعين فيه من الآن المستفيد الاحتمالى، وهذا المستفيد لم يكسب من الوعد حقاً فى الشراء ولو معلقاً على شرط، ولكنه كسب حقاً يخوله منع الواعد من التعاقد مع الغير. وهو يتحول إلى وعد بالبيع إذا قرر الواعد بيع الشئ، فعندئذ يصبح المستفيد فى مركز الدائن بوعد بالبيع. ومتى نشأ هذا الحق فى الشراء فهو لا ينشأ إلا من هذا الوقت وبدون أثر رجعى، على عكس ما كان يجب أن يترتب منطقياً على اعتبار الوعد بالتفضيل وعدا بالبيع معلقاً على شرط واقف (الأستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ١٠٣- فقرة ١٠٤).

ويستخلص من هذا الرأى أن التزام الواعد بالتفضيل ليس التزاماً معلقاً على شرط واقف، بل هو التزام احتمالى يتحقق إذا رغب الواعد فى بيع الشئ. ومن ثم يوجد الالتزام كاملا من وقت الرغبة فى البيع لا من وقت صدور الوعد، والعبرة فى توافر الأهلية عند الواعد هى بوقت وجود الرغبة فى البيع لا بوقت صدور الوعد. وهاتان النتيجتان يمكن استخلاصهما، كما نرى، من أن التزام الواعد هو التزام احتمالى لا التزام معلق على شرط واقف. فلا حاجة بعد ذلك إلى القول، كما يقول الأستاذ عبد المنعم البدراوى، بأن الالتزام الناشئ من الوعد بالتفضيل ليس التزاماً بعمل بل التزاماً بامتناع عن عمل.

(٢) ويمكن وفقاً لمبدأ سلطان الإرادة ألا يحدد المتعاقدان لا الثمن ولا المدة، فيقتصر الواعد على أن يلتزم بأنه فى أى وقت يعتزم بيع الشئ يعرضه أولا على الموعود له ليشتريه بالثمن الذى يمكن به بيعه للغير (بودرى وسينيا فقرة ٧١ مكررة). وانظر فى عدم لزوم تحديد المدة الأستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ١٠٣، وعلى العكس من ذلك فى أن تحديد المدة واجب الأستاذ أنور سلطان فقرة ٨٠ والأستاذ عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٤٧.

=

والأثر الذى يترتب على الوعد بالتفضيل، فى المرحلة السابقة على عرض الشئ الموعود ببيعه، هو نشوء التزام شخصى فى ذمة الواعد بأن يعرض الشئ على الموعود له إذا أراد بيعه وهو مجرد التزام شخصى يترتب عليه كما فى الوعد بالبيع فيما قدمناه، أن يبقى الواعد مالكاً للشئ[1]. وأن الشئ إذا هلك أو نزعت ملكيته تحمل الواعد تبعة ذلك دون أن يلتزم بضمان للموعود له.

والأثر الذى يترتب، فى المرحلة الأخيرة، أنه إذا أراد الواعد بيع الشئ فى المدة المحددة، وعرضه على الموعود له فقبل شراءه، تم البيع النهائى فى المنقول وفى العقار على الوجه الذى بيناه فى الوعد بالبيع. وإذا رفض الموعود له شراءه، أو انقضت المدة المحددة دون أن يريد الواعد بيع الشئ ولو أراد البيع بعد ذلك، أو أعلن الموعود له رغبته فى تحليل الواعد من التزامه، فان الوعد بالتفضيل يسقط، ويتحلل الواعد من الالتزام الذى ترتب فى ذمته بموجب الوعد بالتفضيل. وقد قدمنا كل هذه الأحكام تفصيلا فى الوعد بالبيع.

ب- الوعد بالشراء من جانب واحد

٣٣- أمثلة عملية: يحدث أن يجد صاحب الشئ نفسه فى حاجة إلى الحصول من شخص آخر على وعد بشراء هذا الشئ. مثل ذلك صاحب الدار يتقدم له شخص فى شرائها وهو لم يبت العزم بعد على البيع، فيكتفى بالحصول من هذا الشخص على وعد بالشراء فيما إذا بت صاحب الدار العزم على البيع فى مدة معينة. أو يكون قد بت العزم على البيع، ولكنه يريد أعلى ثمن، فيحصل ممن تقدم له على وعد بالشراء بالثمن الذى يعرضه، وإن وجد بعد ذلك من يعرض ثمناً أعلى باع الدار منه، وإلا باعها من الواعد بالشراء. أو يكون قد أراد بيع الدار لشراء دار أخرى، ويخشى إن بت فى البيع إلا يجد بعد

= ويغلب فى الوعد بالتفضيل ألا يجوز للموعود له النزول عن حقه لأن شخصه محل اعتبار عند الواعد. ومع ذلك لا يوجد ما يمنع من أن يشترط الموعود له جواز النزول عن حقه (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٨٤ ص٢١٨). وإذا مات الواعد انتقل التزامه إلى ورثته، فإذا كانت الورثة قصرا قامت صعوبة فى تحديد الثمن إذ الغالب أن مال القاصر يباع بالمزاد العلنى، فإذا وضع شرط التفضيل فى دفتر الشروط أحجم الناس عن المزايدة (أنظر فى أن الوعد بالتفضيل لا يكون إلا فى البيع بالممارسة ولا يجوز فى البيع بالمزاد أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٤٩ هامش رقم ١٣ مكررا٩).

(١) فإذا تصرف فيه لغير الموعود له نفذ تصرفه، ولكن يرجع الموعود له بتعويض على الواعد. فإذا كان الواعد متواطئاً مع من تصرف له فى الشئ، وأمكن الموعود له الطعن فى التصرف بالدعوى البوليصية، كان التصرف غير نافذ فى حق الموعود له (بودرى وسينيا فقرة ٧١- قارن بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٨٥).

ولكن إذا تصرف الواعد فى الشئ بغير البيع، بأن وهبه أو قايض عليه أو دفعه حصة فى شركة، لم يكن للموعود له حق فى أخذه، بل ولا فى التعويض، إذ التزام الواعد مقصور على حالة التصرف بالبيع (بودرى وسينيا فقرة ٧٢).

ك الدار التى يرغب فى شرائها، فيكتفي بالحصول على وعد بالشراء، حتى إذا عثر على
دار التى يرغب فيها باع داره واشتراها[1].

وكثيراً ما يقع أن يتفق صاحب الشئ المعروض فى المزاد مع شخص آخر على أن
قدم هذا في المزاد لإبلاغ الثمن إلى مقدار معين، فهذا وعد بالشراء من جانب الشخص
آخر، وعليه أن يتقدم بعطاء بهذا المقدار، فان زيد عليه لم يلتزم بأن يزيد. فاذا رسا المزاد
لى غيره، ثم أبطل أو أعيد على من رسا عليه، لم يلتزم أن يتقدم فى المزاد الجديد. أما إذا
م يتقدم للمزاد أصلا، أو تقدم ولم يبلغ الثمن المقدار المتفق عليه، فرسا المزاد بثمن أقل،
لزم بالفرق على سبيل التعويض لأنه يكون قد أخل بوعده[2].

٣٤- كيف ينعقد الوعد بالشراء الملزم لجانب واحد انعقادا صحيحا: هنا أيضاً نطبق
لمادة ١٠١ مدني التى سبق ذكرها[3]، فيشترط لانعقاد الوعد بالشراء الاتفاق على جميع

---

(1) ويقع كثيراً أن يحصل السمسار من عميله على وعد بشراء الدار التى يتوسط السمسار فى شرائها له، بثمن معين في خلال مدة معينة، وهذا ما يسمى بالتفويض. فإذا نجح السمسار فى حمل صاحب الدار على بيعها بهذا الثمن فى خلال هذه المدة، رجع على الواعد وألزمه بوعده. ولكن الواعد هنا يلتزم بالشراء نحو السمسار لا نحو صاحب الدار، فإذا أخل بوعده ولم يشتر الدار رجع السمسار عليه بالتعويض وهو مقدار السمسرة الذى فات عليه، ولا شأن لصاحب الدار بالواعد.

(2) بودرى وسينيا فقرة ٧٨- وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا اتفق المدين مع آخر على شراء العقار المنزوع ملكيته اتقاء لخطر المجازفة، وسعياً وراء الحصول على ثمن ثابت قدر أنه مناسب لقيمة العقار ويحقق مصلحة الدائنين الذين تعلق حقهم بالتنفيذ بضمان حصولهم على كامل حقوقهم، والتزم المشترى بالتدخل فى المزاد والمزايدة حتى يصل بالثمن إلى الحد المتفق عليه، بحيث إذا اضطر إلى الزيادة فى الثمن فوق هذا المبلغ تكون هذه الزيادة من حقه ولا شأن للمدين البائع بها، فإن الدفع ببطلان هذا الاتفاق لمخالفته للنظام العام وانعدام سبب استحقاق المشترى للزيادة عن الثمن المتفق عليه يكون على غير أساس. ذلك أن هذا الاتفاق ليس من شأنه الإخلال بحرية المزايدة أو إبعاد المزايدين عن محيطها، بدليل أن المتعاقدين قدرا احتمال رسو المزاد على غير المشترى من المدين بثمن يزيد على الثمن المسمى مما يدل على انتفاء فكرة المساس بحرية المزايدة، فضلا عن تحقيقه مصلحة المدين ودائنيه. وأما الادعاء بانعدام سبب الزيادة فمردود بأن المتعاقد مع المدين أصبح بمقتضى الاتفاق المشار إليه فى مركز المشترى، والمدين فى مركز البائع، ومن حق المشترى الحصول على الزيادة وسببها القانوني هو العقد المبرم بينهما (نقض مدنى ٣٠ يناير سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٦٣ ص٥٠٧). ويبدو من وقائع هذه القضية أنه لو رسا المزاد بأقل من الثمن المتفق عليه فان المتعهد بإرساء المزاد بهذا الثمن كان يدفع الفرق، فكذلك تكون له الزيادة، فالعقد احتمالى وهذا هو السبب القانونى.

وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الوعد الصادر من شخص بدخول مزاد وإرساء المزاد عليه هو وعد بالشراء صحيح، ويلتزم الواعد بالتعويض إذا أخل بالتزامه (١٦ أبريل سنة ١٩١٣ م٢٥ ص٣٠٩). وقضت أيضاً فى نفس الحكم بأن من وعد بالدخول فى مزاد والمزايدة إلى حد مبلغ معين، ينقضى وعده إذا أجل هذا المزاد. وقضت كذلك بأن الوعد بالشراء الصادر من مستأجر الأرض لمؤجرها يلزمه إلى مدة معقولة، فلا يجوز للمؤجر أن يطيل هذه المدة قبل أن يبدى رغبته فى البيع إلى حد أن يتقاضى من المستأجر أجرة تدانى ثمن الأرض (٧ مايو سنة ١٩١٨ م٣٠ ص٤٠٩).

(3) انظر آنفاً فقرة ٢٨.

الأركان والمسائل الجوهرية للشراء الموعود به. فيتفق الواعد بالشراء مع الموعود له على الشئ الموعود بشرائه، والثمن الذى يشترى به ومدة يتفق عليها صراحة أو ضمناً يظهر فى خلالها الموعود له رغبته فى البيع ليتم الشراء[1].

وكل ما قلناه فى خصوص رضائية الوعد بالبيع، وأهلية كل من الواعد والموعود له، ومتى تتوافر هذه الأهلية، وعيوب الإرادة عند كل من الطرفين، ومشروعية المحل والسبب، ينطبق هنا على الوعد بالشراء.

٣٥- الآثار التى تترتب على الوعد بالشراء قبل ظهور الرغبة: الوعد بالشراء كالوعد بالبيع عقد ملزم لجانب واحد هو جانب الواعد بالشراء، فلا يترتب أى التزام فى جانب الموعود له. والالتزام الذى يترتب فى ذمة الواعد بالشراء هو أيضاً التزام بعمل (obligation de faire)، وهو أن يبرم بيعاً نهائياً مع الموعود له إذا أظهر هذا رغبته فى البيع فى المدة المحددة[1]. فيكون حق الموعود له فى هذه المرحلة حقاً شخصياً لا حقاً عينياً، كحق الموعود له فى الوعد بالبيع[2]. ويترتب على ذلك ما يأتى:

أولا- يبقى الشئ مملوكاً للموعود له، ويستطيع هذا أن يتصرف فيه كما يشاء. ويسرى تصرفه فى حق الواعد بالشراء. فإذا باع الموعود له الشئ من آخر غير الواعد، صح البيع وسرى فى حق الواعد، وسقط فى الوقت ذاته الوعد بالشراء لأن الموعود له بتصرفه فى الشئ لغير الواعد قد نزل عن حقه فى إلزام الواعد بشرائه.

ثانياً- وبديهى أن الواعد بالشراء لا يستطيع التصرف فى الشئ لأنه لم تنتقل له ملكيته فى هذه المرحلة، وإذا تصرف فيه كان تصرفاً فى ملك الغير، ولا يسرى تصرفه هذا فى حق المالك وهو الموعود له. ولكن يجوز للموعود له أن يجيز التصرف فيصح ويسرى فى

---

(1) وليس الالتزام هنا معلقاً على شرط إرادى محض، وقد بينا هذا عند الكلام فى الوعد بالبيع (انظر آنفاً فقرة ٢٩ فى الهامش).

(1) إذا اتفق المدين مع آخر على شراء العقار المنزوعة ملكيته اتقاء لخطر المجازفة وسعيا وراء الحصول على ثمن ثابت قدر أنه مناسب لقيمة العقار ويحقق مصلحة الدائنين الذين تعلق حقهم بالتنفيذ بضمان حصولهم على كامل حقوقهم والتزام المشترى بالتدخل فى المزاد والمزايدة حتى يصل بالثمن إلى الحد المتفق عليه بحيث إذا اضطر إلى الزيادة فى الثمن فوق هذا المبلغ تكون هذه الزيادة من حقه ولا شأن للمدين البائع بها فان الدفع ببطلان هذا الاتفاق لمخالفته للنظام العام وانعدام سبب استحقاق المشترى للزيادة عن الثمن المتفق عليه يكون على غير أساس، ذلك أن هذا الاتفاق ليس من شأنه الاخلال بحرية المزايدة أو ابعاد المزايدين عن محيطها بدليل أن المتعاقدين قدرا احتمال رسو المزاد على غير المشترى من المدين بثمن يزيد على الثمن المسمى مما يدل على انتفاء فكرة المساس بحرية المزايدة فضلا عن تحقيقه مصلحة المدين ودائنيه.

(جلسة ١٩٥٥/١/٣٠ مجموعة أحكام النقض السنة ٦ ص٥٧).

(2) وقد خص تقنين الموجبات والعقود اللبنانى الوعد بالشراء بنص واحد هو المادة ٤٩٧ من هذا التقنين، وتجرى على الوجه الآتى: «إن الوعد بالشراء الصادر من فريق واحد مباح أيضاً، ويجب أن يفهم ويفسر كالوعد بالبيع مع التعديل المقتضى».

حقه، وهذا هو حكم بيع ملك الغير. كذلك يجوز بعد تصرف الواعد فى الشئ أن يبدى الموعود له رغبته فى بيعه من الواعد فيتم البيع النهائى، ويصبح الواعد بموجبه مالكاً للشئ وفقاً لأحكام القانون، فيصح التصرف الذى صدر منه قبل ظهور رغبة الموعود له فى بيع الشئ. وهذا هو أيضاً حكم بيع ملك الغير عندما يصبح البائع مالكاً للشئ الذى باعه قبل أن يملكه.

ثالثاً- إذا هلك الشئ الموعود بشرائه قضاء وقدراً هلك على ملك الموعود له، وتحمل هذا تبعة الهلاك، إذ الأصل أن الشئ يهلك على مالكه. ولا يستطيع لموعود له بداهة، بعد هلاك الشئ، أن يلزم الواعد بشرائه وكهلاك الشئ انتزع ملكيته، يتحمل الموعود له تبعته[1].

٣٦- الآثار التى تترتب على الوعد بالشراء بعد ظهور الرغبة أو بعد انقضاء المدة دون ظهورها: وننتقل إلى المرحلة الثانية. فاما أن يظهر الموعود له رغبته فى البيع فى خلال المدة المحددة، وإما أن تنقضى المدة المحددة دون أن يظهر هذه الرغبة.

ففى الحالة الأولى، إذا ظهرت رغبة الموعود له، صراحة أو ضمناً، فى البيع فى خلال المدة المحددة، ثم البيع النهائى بمجرد ظهور هذه الرغبة، ولا حاجة لرضاء جديد بالشراء من جهة الواعد. ويعتبر البيع النهائى قد تم من وقت ظهور الرغبة لا من وقت الوعد، تنفيذاً للالتزام الذى نشأ فى ذمة الواعد، فإذا نازع هذا فى تمام البيع استطاع الموعود له أن يحصل على حكم بوقوع البيع يقوم مقام العقد، وذلك كله على النحو الذى رأيناه فى الوعد بالبيع.

وفى الحالة الثانية، إذا لم يظهر الموعود له رغبته فى البيع فى المدة المحددة، تحلل الواعد من وعده وسقط الوعد. وهذا هو الحكم أيضاً فيما لو أظهر الموعود له رغبته فى البيع ولكن بعد انقضاء المدة المحددة، أو أعلن عدم رغبته فى البيع حتى قبل انقضاء المدة المحددة، ففى جميع هذه الفروض يتحلل الواعد من وعده ويسقط الوعد على الوجه الذى بيناه فى الوعد بالبيع[2].

---

(١) وإذا هلك الشئ هلاكاً جزئياً، وأبدى الموعود له رغبته فى البيع، كان الواعد بالشراء مخيراً بين أن يشترى مع إنقاص الثمن أو أن يمتنع عن الشراء بتاتاً لتفرق الصفقة (الأستاذ أنور سلطان فقرة ٨١).

(٢) ويمكن أن نتصور فى الوعد بالشراء وعداً بالتفضيل كما فى الوعد بالبيع. ويتحقق ذلك لو أن تاجر التجزئة مثلا تعهد لتاجر الجملة أنه فى حالة احتياجه لسلعة معينة يستوردها منه بالأفضلية على سواه. فيكون تاجر التجزئة ملتزماً، فى حالة احتياجه لشراء السلعة، أن يعرض على تاجر الجملة شراءها منه أولا، فإن قبل هذا توريد السلعة تم البيع النهائى. وليس تاجر الجملة فى هذه الحالة ملتزماً بتوريد السلعة، فهو الموعود له ولم يلتزم بشئ، والملتزم هو تاجر التجزئة إذا احتاج إلى شراء السلعة. فإذا لم يقم تاجر التجزئة بالتزامه، كان مسئولا نحو تاجر الجملة عن تعويض يكون عادة هو الربح الذى كان يجنيه تاجر الجملة لو أنه ورد السلعة إلى تاجر التجزئة.

وشبيه بذلك أن يتعهد المؤلف للناشر أن يكون للناشر الأفضلية فى نشر مؤلفه، أو فى نشر طبعة =

جـ- الوعد بالبيع وبالشراء

٣٧- التمييز بين الوعد بالبيع والشراء من جانب واحد والوعد بالبيع وبالشراء من
الجانبين: قدمنا أنه يجب أن نميز هنا بين حالتين:

أولا- الوعد بالبيع وبالشراء من جانب واحد. وفى هذه الحالة يوجد عقدان يقع
على شئ واحد وبين نفس الطرفين. العقد الأول هو وعد بالبيع من صاحب الشئ يرتبط
نحو الموعود له فيما إذا أظهر هذا رغبته فى شراء الشئ. والعقد الثانى هو وعد بالش
يرتبط به الموعود له فى العقد الأول بأن يشترى الشئ إذا أظهر صاحبه- وهو الواعد
العقد الأولى - رغبته فى بيعه. ومن ثم يوجد وعدان، وعد بالبيع من جانب واحد وو
بالشراء من جانب واحد، وقد وقع العقدان على نفس الشئ وتما بين نفس الطرفين[1].

ثانياً- الوعد بالبيع وبالشراء من الجانبين. وفى هذه الحالة يوجد عقد واحد، الت
بموجبه أحد الطرفين بأن يبيع شيئاً والتزم الطرف الآخر بأن يشتريه، فيتم البيع بينهما ملز
للجانبين على هذا النحو.

٣٨- الوعد بالبيع وبالشراء من جانب واحد: نفرض أن صاحب الدار يريد أن يحص
على وعد بشرائها إذا أظهر رغبته فى البيع، وكان إظهار هذه الرغبة متوقفاً على أن يع
على أرض صالحة يشتريها بدلا من الدار. فتقدم له شخص وعقد معه وعداً بالشراء، الت
بموجبه أن يشترى الدار بمبلغ معين إذا أظهر صاحب الدار فى مدة محددة رغبته
يبيعها منه. فهنا تم بين الطرفين عقد وعد بالشراء، على الوجه الذى بيناه فيما تقد
ونفرض فى الوقت ذاته أن الواعد بالشراء يتوقع ظروفاً إذا وقعت تجعل شراءه للدار أمراً هام
كأن ينتقل إلى المدينة التى فيها الدار فيتخذ الدار سكناً له. فيحصل من صاحب الد
على وعد بيع الدار إياه إذا أظهر فى مدة محددة رغبته فى شرائها. فهنا أيضاً تم عقد وع
بالبيع بين نفس الطرفين بالنسبة إلى نفس الدار. وفى هذا الوعد بالبيع الواعد هو صاحب
الدار، وهو الملتزم وحده بهذا الوعد على النحو الذى قدمناه فى الوعد بالبيع. أما فى الوع
بالشراء فالواعد بالشراء هو الموعود له بالبيع، وهو وحده الملتزم بهذا الوعد. فى مثل هذ
الحالة يكون هناك وعد بالبيع من جانب واحد، يقترن به وعد بالشراء من جانب واحد.

وقد يعترض بأن الطرفين فى هذه الحالة إنما يتعاقدان على وعد بالبيع وبالشراء، وأ

= تالية منه، بالشروط المتفق عليها، فيما إذا اعتزم إصدار المؤلف مؤلفه. فيكون المؤلف هو الملتزم إذ
اعتزم إصدار مؤلفه، أن يعرض التزام النشر على الناشر أولا، فإذا قبل هذا تم عقد النشر النهائى.
ومثل ذلك أيضاً أن تتعهد مدرسة أو مستشفى باستيراد ما عسى أن يلزم من أثاث أو طعام من تاجر
معين بالأفضلية على غيره.

(١) نظرية العقد للمؤلف ص٢٦٣ هامش ١ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٨٣- الأستاذ سليمان مرقس
فقرة ٥٧ ص٩٢ ص٩٣. وقارن الأستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ٨٧- ص١٣١ - الأستاذ جميل
الشرقاوى فقرة ٣١ ص٧٠-ص٧١.

الوعد بالبيع ملزم لأحد الطرفين ببيع الدار، والوعد بالشراء ملزم للطرف الآخر بشرائها، فيكون الوعد بالبيع وبالشراء ملزماً للجانبين، هذا بالشراء وذاك بالبيع، ويكون في حقيقته بيعاً نهائياً أبرمه الطرفان. ولكن هذا الاعتراض لا أساس له، لأن الطرفين لم يريدا هذا الوضع، وإنما أرادا أن يلتزم أحدهما ببيع الدار إذا أراد الآخر شراءها وتوافرت عنده الأسباب لهذا الشراء، وأن يلتزم الآخر بشرائها إذا أراد الأول بيعها وتوافرت عنده الأسباب لهذا البيع. والفرق بين الوضعين كبير. والدليل على ذلك أنه في الوضع الذي نحن فيه– الوعد بالبيع والشراء الملزم لجانب واحد– قد لا يتم البيع النهائي أصلا، ويكفي لذلك ألا تتوافر الأسباب عند الطرف الأول لبيع الدار، بألا يجد الأرض الصالحة التي يشتريها لتحل محل الدار، فلا يظهر رغبته في البيع في الميعاد المحدد، ومن ثم يسقط الوعد بالشراء وفي الوقت ذاته لا تتوافر الأسباب عند الطرف الآخر لشراء الدار، بألا ينتقل إلى المدينة التي فيها الدار، فلا يظهر رغبته في الشراء في الميعاد المحدد، ومن ثم يسقط الوعد بالبيع. فإذا ما سقط كل من الوعد بالبيع والوعد بالشراء، فان البيع النهائي لن يتم، ويكون كل من الوعدين قد أدى الغرض الذي أريد به تحقيقه وسقط بعد أن أدى هذا الغرض. وهذا الوضع يختلف تماماً عن وضع الوعد بالبيع وبالشراء الملزم للجانبين، كما سنرى.

ومن ذلك يتبين أنه إذا عقد كل من الطرفين مع الطرف الآخر وعدا بالبيع ملزماً لجانب واحد ووعدا بالشراء ملزماً لجانب واحد، أخذ كل وعد من هذين الوعدين حكمه. فالوعد بالبيع ينعقد على الوجه الذي سبق أن قررناه، فإذا ما انعقد صحيحاً رتب التزاماً في ذمة صاحب الدار بأن يبيعها من الموعود له إذا رغب هذا في شرائها. فإذا أظهر الموعود له رغبته في الشراء تم البيع النهائي وأصبح الموعود له مشترياً للدار، وإذا لم يظهر هذه الرغبة في الميعاد المحدد سقط الوعد بالبيع[1]. والوعد بالشراء ينعقد أيضاً على الوجه الذي بيناه، فإذا ما انعقد صحيحاً رتب التزاماً في ذمة الواعد بالشراء بأن يشتريها إذا رغب صاحب الدار في بيعها. فإذا أظهر هذا رغبته في البيع في الميعاد– وقد يكون نفس الميعاد المتفق عليه في الوعد بالبيع كما قد يكن أطول منه أو أقصر – تم البيع النهائي[2]، وإذا لم يظهر هذه الرغبة في البيع في الميعاد المحدد سقط الوعد بالشراء. فالبيع النهائي يتم إذن في أحد فرضين: إما بأن يظهر صاحب الدار رغبته في بيع الدار، وإما بأن يظهر الطرف الآخر رغبته

(1) إذا استخلص الحكم من أوراق الدعوى معنى العدول عن التعاقد وكان ما استخلصه من ذلك سائغا فلا معقب عليه، ومن ذلك استخلاص عدول الموعود بالبيع عن الشراء من طلبه من الواعد أن يؤجره أطيانا تشمل العين المتعاقد بينهما على بيعها.

(جلسة ١٩٤٦/٦/٦ طعن رقم ٩٠ لسنة ١٥ق).

(2) ذهاب الطاعن قبل نهاية الأجل إلى محل إقامة المطعون عليه ومقابلة ابن هذا الأخير وابداء رغبته له في الشراء واستعداده لدفع الثمن يعتبر قرينة على علم المطعون عليه بالقبول ويقع على عاتقه عبء نفي هذه القرينة.

(جلسة ١٩٥٤/٥/٦ طعن رقم ٢٠٢ لسنة ٢١ق).

في شرائها. فإذا لم يظهر هذا رغبته في الشراء، ولم يظهر ذلك رغبته في البيع، فان البي النهائي لن يتم كما سبق القول.

٣٩- الوعد بالبيع وبالشراء الملزم للجانبين: قدمنا أن الوضع في الوعد بالبيع وبالشرا الملزم للجانبين يختلف عن الوضع السابق في الوعد بالبيع وبالشراء الملزم لجانب واحد ففي الوعد بالبيع والشراء الملزم للجانبين– وهذا هو العقد الابتدائي كما سنرى – يلتز صاحب الدار ببيعها للطرف الآخر، وفي الوقت ذاته يلتزم الطرف الآخر بشرائها منه[١] فعندنا هنا عقد واحد ملزم للجانبين، أما في الوضع السابق فيوجد عقدان كل منهما ملز لجانب واحد، وهنا لابد أن يتم البيع، بل هو قد تم فعلا فقد التزم صاحب الدار ببيعه والتزم الطرف الآخر بشرائها فتم البيع ملزماً للجانبين[٢][1]، أما في الوضع السابق فقد لا يتم البيع أصلا كما قدمنا.

يبقى إذن أن نعرف لماذا لجأ الطرفان في الوعد بالبيع وبالشراء الملزم للجانبين إلى عبار الوعد وهما في الحقيقة يبرمان بيعاً تاماً؟ السبب في ذلك يرجع إلى اعتبارات عملي محضة، فقد أراد الطرفان إبرام بيع تام، وسمياه بالوعد لأنهما يعتبران أن هذا البيع التا ليس هو البيع النهائي. فقد يريد المشتري، بعد أن قيد البائع بالبيع وتقيد هو بالشراء، أن يبحث عن حالة الدار من حيث ترتب حقوق عليها، فإذا ما رآها خالية من التكاليف استبدل بالوعد البيع النهائي، وإلا طلب الفسخ[٣]. وقد يريد المشتري، بعد إبرام الوعد على النحو الذي قررناه، أن يتسع له الوقت لتدبير الثمن، حتى إذا ما دبره أبرم البيع النهائي. وقد يكون الأمر لا هذا ولا ذاك ، لكن تسجيل البيع يقتضي إجراءات تستغرق مدة من الزمن – وبخاصة إذا كان أحد الطرفين قاصراً حيث يضاف إلى إجراءات التسجيل إجراءات

(١) ولو ضمنا (استئناف مختلط ٢١ فبراير سنة ١٩٢٨ م٤٠ ص٢١٠).

(1) إذا كان الثابت في الدعوى .... وعد بشراء قطعة الارض الواردة بالاتفاق المؤرخ ....وبالسعر المحدد به، كما وعدت الشركة المطعون عليها بأن تبيعه هذه القطعة بذات السعر، فان هذا الوعد المتبادل بالبيع من جانب الشركة والشراء من جانب .... هو بيع تام ملزم للطرفين، تترتب عليه كل الاثار التي تترتب على البيع، ويؤثر عليه ارجاء التحديد النهائي لمساحة المبيع، وإذا كان الحكم المطعون فيه قد اعتبر الاتفاق المؤرخ ... عقد بيع كامل الاركان، ورتب على تنازل المشتري عن حقوقه في هذا العقد إلى الطاعنين وقبولهما الحلول فيه، ثم قبول الشركة المطعون عليها انتقال حقوق والتزامات المشتري الأول إليهما اعتبارها مشترين فأنه يكون قد خالف القانون.

(جلسة ١٩٧٢/٥/٢٥ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٣ ص١٠١٠).

(٢) استئناف مختلط ١٩ مارس سنة ١٩١٣ م٢٥ ص٢٣٥.

(٣) ويلجأ المشتري عادة إلى الكشف عن حالة العقار في مصلحة الشهر العقاري، كما يعمد إلى تحقيق مستندات ملكية البائع للمبيع حتى يتثبت من أنه مالك لما يبيع (استئناف مختلط ١٠ فبراير سنة ١٩٢٥ م٣٧ ص٢١٤ – ١١ فبراير سنة ١٩٣٠ م٤٢ ص٢٦٨ – ١٤ يونيه سنة ١٩٣٢ م٤٤ ص٣٦٥ – ٤ أبريل سنة ١٩٣٣ م٤٥ ص٢٢٧ – ٥ يناير سنة ١٩٣٥ م٤٨ ص٩٢– ٣ ديسمبر سنة ١٩٣٥ م٤٨ ص٤٥ – ١٤ يناير سنة ١٩٣٦ م٤٨ ص٧٦).

الحصول على إذن من المحكمة – ولكن يريد كل من الطرفين أن يقيد الآخر بعقد ابتدائى هو هذا الوعد، وذلك إلى أن تتم الإجراءات اللازمة فيبرما البيع النهائى.

فالوعد بالبيع وبالشراء الملزم للجانبين هو إذن بيع تام، تترتب عليه كل الآثار التى تترتب على البيع[١]. وسنرى ذلك تفصيلا عند الكلام فى البيع الابتدائى، لأن هذا الوعد ليس إلا بيعاً ابتدائياً كما قدمنا. وإلى هذا المعنى تشير المادة ١٥٨٩ من التقنين المدنى الفرنسى، إذ تقول: «الوعد بالبيع يعدل البيع إذا تراضى الطرفان على المبيع والثمن»[٢]. وقد اختلف الفقه فى فرنسا فى تفسير هذا النص، ولكن الكثرة الغالبة من الفقهاء يفسرونه بحسب معناه الظاهر، وهو أنه إذا وعد شخص آخر بالبيع ووعد الآخر الأول بالشراء، واتفقا على المبيع والثمن، فهذا هو البيع الكامل. ويستوى أن يبيع الشخص أو أن يعد بالشراء، وعبارة «الوعد» ما دامت منجزة وصادرة من الطرفين لتلزم كلا منهما فى الحال لا تختلف عن عبارة «البيع والشراء»[٣]. وإذا كان التقنين المدنى الفرنسى قد عنى بابراز هذا المعنى الواضح فى نص خاص، فان ذلك يرجع إلى أسباب تاريخية تتصل بالقانون الفرنسى القديم[٤].

(١) وإذا امتنع البائع عن تمكين المشترى من التسجيل، جاز للمشترى إجباره على ذلك برفع دعوى صحة التعاقد (استئناف مختلط ٧ فبراير سنة ١٩٢٨ م٤٠ ص١٨٦).

(٢) وهذا هو الأصل الفرنسى للنص: Art. 1589 C.C,F: La promesse de vente vaut vente Iorsqu'il y a consentement réciproque des deux parties sur la chose et sur le prix.

(٣) لوران ٢٤ فقرة ٢١ – جيوار ١ فقرة ٧٧ – لارومبيرا ١ م١١٣٨ فقرة ١١– كولميه دى سانتير ٧ فقرة ١٠ مكررة ثانياً– أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٤٩ هامش رقم ٧ – بودرى وسينيا فقرة ٦٠ – بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٧٥– كولان وكابيتان ٢ فقرة ٨٣٤.
أنظر عكس ذلك: تولييه٩ فقرة ٩٢ – ترولون فى البيع فقرة ١٢٥– ماركاديه ٦م ١٥٨٩ فقرة ٥ – فقرة ٦.
وأنظر بلانيول (فقرة ١٤٠٠) حيث يذهب إلى أن المادة ١٥٨٩ فرنسى إنما تعنى الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد، وأنه يتحول إلى بيع كامل إذا تم الاتفاق نهائياً على المبيع والثمن ورضى المشترى بالشراء، فيتم الاتفاق عندئذ على جميع عناصر البيع.

(٤) ذلك أن البيع فى القانون الفرنسى القديم كان لا ينقل الملكية بحكم العقد كما قدمنا، والتسليم هو الذى كان ينقلها. ثم ألف الناس فى التعامل أن يذكروا فى عقود البيع أن التسليم قد تم (clause de dessaisine saisine)، فتنتقل الملكية بهذا التسليم لا بالعقد. ثم صارت هذه العبارة من الشروط المألوفة فى عقود البيع، ولو لم يتم التسليم بالفعل، فكانت الملكية تنتقل على أساس هذا التسليم الصورى. هذا كله كان يقع فى عقد البيع. أما إذا استعمل المتبايعان عبارة الوعد، فوعد البائع بالبيع ووعد المشترى بالشراء، فلم يكن مألوفاً فى التعامل أن يمتد شرط التسليم الصورى إلى هذا الوعد. فبقى الوعد بالبيع وبالشراء الملزم للجانبين لا ينقل الملكية، لا بنفسه لأن العقد كان لا ينقل الملكية، ولا بحكم شرط التسليم الصورى لأن هذا الشرط لم يكن مألوفاً إدراجه فى هذه الصورة من البيع. فلما أصبح العقد ينقل الملكية بنفسه فى التقنين المدنى الفرنسى، لم يعد هناك فرق بين =

ثانياً– البيع الابتدائى

٤٠– صور ثلاث للبيع الابتدائى: قدمنا[١] أنه يمكن أن نتصور مرحلة ابتدائية فى البيع فى إحدى الصور الثلاث الآتية:

أولا– يتفق الطرفان على مشروع كامل لعقد البيع، ولكنهما لا يلتزمان فوراً بهذا المشروع، فيبقى مشروعاً غير ملزم. ثم يحولان المشروع إلى عقد بيع ملزم فى صورة نهائية، فى ورقة رسمية أو فى ورقة عرفية. وعند ذلك يكون هناك بيع ابتدائى هو هذا المشروع غير الملزم، يتلوه بيع نهائى هو عقد البيع الملزم الذى أبرماه بعد ذلك. وغنى عن البيان أن هذه الصورة لا تبرز خصائص البيع الابتدائى ولا خصائص البيع النهائى. فالمشروع الذى سماه الطرفان بالبيع الابتدائى غير ملزم لأحد كما قدمنا، ولا يستطيع أى من الطرفين أن يجبر الآخر بموجب هذا المشروع على إبرام البيع النهائى. ومن ثم يحسن عدم الوقوف عند هذه الصورة وعدم تسمية المشروع بيعاً ابتدائياً، فهو ليس ببيع أصلا لأنه مشروع غير ملزم. كذلك يحسن عدم تسمية البيع إذا أبرم تنفيذاً للمشروع بالبيع النهائى، إذ لم يتقدمه بيع ابتدائى يجعله هو نهائياً، بل تقدمه مشروع غير ملزم، فهو بيع فحسب. وإنما يتميز عن غيره من البيوع بأنه قد سبقته مفاوضات ومساومات انتهت إلى مشروع محدد، ثم أبرم البيع بعد ذلك دون أن يتقيد الطرفان بالمشروع، فلهما أن يغيرا فيه ما شاءا، بل لهما أن يعدلا عنه بتاتاً ولا يبرما البيع.

ثانياً– يتفق الطرفان على وعد بالبيع وبالشراء ملزم لجانب واحد، فلا يتقيد صاحب الدار ببيعها إلا إذا أظهر الطرف الآخر رغبته فى الشراء، ولا يتقيد الطرف الآخر بالشراء إلا إذا أظهر صاحب الدار رغبته فى البيع. فإذا رغب الموعود له فى البيع أو فى الشراء، تم البيع النهائى على الوجه الذى قدمناه فى الوعد بالبيع وبالشراء الملزم لجانب واحد. وهنا يمكن القول إن هناك عقد بيع نهائى هو البيع الذى تم باظهار صاحب الدار رغبته فى البيع، أو باظهار الطرف الآخر رغبته فى الشراء. ولكن لا يمكن القول إن هذا البيع النهائى قد سبقه بيع ابتدائى، وإنما سبقه وعد بالبيع وبالشراء ملزم لجانب واحد.

ثالثاً– يتفق الطرفان على وعد بالبيع وبالشراء ملزم للجانبين، وهذه هى الصورة العملية الصحيحة لما يسمى بالعقد الابتدائى[٢]. ويتلو هذا البيع الابتدائى بيع نهائى، يبرم فى

=البيع والوعد بالبيع والشراء الملزم للجانبين، فالعقد فى الحالتين ينقل الملكية دون حاجة إلى شرط التسليم. فأراد المشرع الفرنسى أن يبرز هذا المعنى، فأورد نص المادة ١٥٨٩ ليقرر فيه أن الوعد بالبيع يعدل البيع إذا تراضى الطرفان على المبيع والثمن، ويقصد أن الوعد يعدل البيع من حيث إن كلا منهما ينقل الملك إلى المشترى، خلافاً للقانون الفرنسى القديم حيث كان الوعد لا ينقل الملك (أنظر فى ذلك وفى الأعمال التحضيرية للتقنين المدنى الفرنسى بودرى وسينيا فقرة ٦٠).

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢٢.

(٢) وقد اقتصرنا على هذه الصورة فى الجزء الأول من الوسيط عند الكلام فى الوعد بالتعاقد، فجعلنا الوعد بالتعاقد الملزم للجانبين والعقد الابتدائى شيئاً واحداً (الوسيط١ فقرة ١٣١– فقرة ١٣٩). ولم =

ميعاد محدد يتفق عليه(١). وقد سبق أن استعرضنا الاعتبارات العملية المختلفة التى تدعو إلى إبرام البيع على مرحلتين، مرحلة ابتدائية ومرحلة نهائية(٢).

والفرق واضح بين هذه الصورة الأخيرة والصورتين السابقتين. ففى إحدى الصورتين السابقتين قد رأينا أنه لا يوجد فى الواقع من الأمر بيع ابتدائى وبيع نهائى، وإنما يوجد بيع واحد هو الذى أبرمه الطرفان تنفيذاً للمشروع الذى أعد من قبل. والصورة الأخرى ليست إلا صورة الوعد بالبيع وبالشراء الملزم لجانب واحد. أما الصورة الثالثة، صورة الوعد بالبيع وبالشراء الملزم للجانبين، فهذه هى الصورة الصحيحة للبيع الابتدائى.

فنقف إذن عند هذه الصورة الأخيرة لنفصل ما يتعلق بها من الأحكام، وننبه منذ الآن إلى أننا إذا أطلقنا عبارة «البيع الابتدائى» فانما نريد هذه الصورة دون غيرها.

٤١ – البيع الابتدائى فى صورته العملية الصحيحة: قلنا إن الطرفين يعقدان بيعاً ابتدائياً(٣)(1)، ويحددان ميعاداً يتفقان عليه لإبرام البيع النهائى مكتوباً فى ورقة عرفية أو فى ورقة رسمية(٤). فننظر الآن فى الآثار التى تترتب على هذا البيع الابتدائى، ثم ننظر ماذا يكون مصير هذا البيع الابتدائى عند إبرام البيع النهائى.

٤٢ – الآثار التى تترتب على البيع الابتدائى: إذا كان البيع الابتدائى ينعقد صحيحاً بنفس الأركان وشروط الصحة التى ينعقد بها البيع صحيحاً، فانه أيضاً يترتب عليه من الآثار ما يترتب على البيع(٥). فالبائع قد التزم بنقل ملكية المبيع إلى

=نشر هناك إلى الوعد بالتعاقد الصادر من كل الطرفين والملزم لجانب واحد، وذلك لندرته فى العمل. وقد اتسع له المقام عند الكلام فى البيع، لأنه إذا تحقق عملياً فإنما يتحقق فى صورة وعد بالبيع وبالشراء ملزم لجانب واحد.

(١) أما البيع الذى اشترط البائع لتمامه دفع الثمن كاملا أو دفع قسط منه فيغلب ألا يكون بيعاً ابتدائياً، بل هو بيع معلق على شرط واقف (قارن استئناف مختلط ١٩ مارس سنة ١٩١٣ م٢٥ ص٢٣٥).

(1) وصف العقد بأنه عقد ابتدائى – أخذا بالعرف الذى جرى على أطلاق هذا الوصف على عقود البيع التى لم تراع فى تحريرها الاوضاع التى يتطلبها قانون التسجيل – ذلك لا يحول دون اعتبار البيع باتا ملزما متى كانت صيغته دالة على أن كلا من طرفيه قد ألزم نفسه الوفاء بما التزم به على وجه قطعى لا يقبل العدول.
(جلسة ١٩٤٤/١٢/٢٦ مجموعة القواعد القانونية لمحكمة النقض فى الـ٢٥ عاما- ٥٢-٧١٤)

(٢) من بين هذه الاعتبارات توفير الوقت اللازم للمشترى للبحث عن حالة العقار المبيع، أو التثبت من مستندات ملكية البائع، أو تدبير الثمن، أو الانتهاء من إجراءات التسجيل (أنظر آنفاً فقرة ٣٩).

(٣) أنظر استئناف مختلط ٦ مايو سنة ١٩٠٩ م٢١ ص٣٣٨ – ١٨ مايو سنة ١٩٠٩ م٢١ ص٣٥٦– ٣ نوفمبر سنة ١٩١٠ م٢٣ ص٤– ٣١ يناير سنة ١٩١٢ م٢٤ ص١٢٣.

(٤) ويغلب أن يصاغ البيع الابتدائى بحيث يلتزم فيه البائع أن يبيع والمشترى أن يشترى، دون أن يذكر فيه لفظ «الوعد»، شأن البيع الابتدائى فى ذلك شأن البيع النهائى. وهذا يدل على أن المتبايعين قصدا البيع الابتدائى بيعاً كاملاً باتاً منتجاً لجميع آثاره.

(٥) وقد قضت محكمة النقض بأن وصف العقد بأنه عقد ابتدائى، أخذا بالعرف الذى جرى على =

المشترى(١)، والتزم نحوه بتسليم المبيع وبضمان التعرض والاستحقاق والعيوب الخف والمشترى قد التزم بدفع الثمن والمصروفات وتسلم المبيع. وأهم ما يسترعى النظر فى العـ الابتدائى – وهذا ما يميزه عن عقد البيع بوجه عام – أن كل هذه الالتزامات لا يقـ تنفيذها فى الحال، بل تبقى موقوفة إلى حين تحرير العقد النهائى. إذ المفروض المتبايعين، بتسميتهما العقد بيعاً ابتدائياً، إنما أرادا أن البائع لا يطالب بالثمن – فيما ء ما قد يتفق عليه من عربون – حتى يحرر البيع النهائى، وأن المشترى لا يطالب بتسلـ المبيع ولا بريعه حتى هذا الوقت. ويزيد البيع الابتدائى فى آثاره أنه ينشئ التزاماً فى ذ كل من الطرفين بابرام البيع النهائى فى الميعاد المتفق عليه(٢).

ويترتب على ما قدمناه نتيجتان عمليتان هامتان:

(الأولى) لما كان البيع الابتدائى ينشئ كل آثار البيع، فان الشفعة تجوز فيه وتستحـ من وقت صدوره. فإذا بيع عقار بيعاً ابتدائياً، وكان لهذا العقار شفيع، استطاع الشفيع أ يطلب الأخذ بالشفعة من وقت صدور البيع الابتدائى، وتسرى مواعيد الشفعة من هـ الوقت(٣)(1).

=إطلاق هذا الوصف على عقود البيع التى لم تراع فى تحريرها الأوضاع التى تطلبها قانون التسجيل هذا الوصف لا يحول دون اعتبار البيع باتا لازما، متى كانت صيغته دالة على أن كلا من طرفيه قـ ألزم نفسه الوفاء بما التزم به على وجه قطعى لا يقبل العدول (نقض مدنى ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١٢٨ ص٢٨٢).

(١) استئناف مختلط ٦ يناير سنة ١٩٣٢ م٤٤ ص١٠٤).

(1) من المقرر أن الشفعة جائزة فى العقار المبيع ولو كان عقد البيع لم يسجل لان حق الشفعة الذى ينشـ من يوم البيع لا يمكن تعليقه على حصول تسجيل العقد أو القول بتولده من يوم التسجيل فقط.
(جلسة ١٩٤٥/٢/١٥ مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض فى الـ٢٥ عام ٥٠–٧١٤)
(جلسة ١٩٤٩/٤/١٤ مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض فى الـ٢٥ عام ١٨٠–٧٣٦)
(جلسة ١٩٥٠/٥/١٨ مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض فى الـ٢٥ عام ٥١–٧١٤)

(٢) وقد كان من الممكن أن يكيف البيع الابتدائى بأنه عقد يقتصر على إلزام كل من الطرفين أن يبرم البيع النهائى فى ميعاد معين، فهو ينشئ فى ذمة كل منهما التزاما بعمل (obligation de faire) لا التزاما باعطاء (obligation de donner). فإذا امتنع أحدهما عن إبرام البيع النهائى استصدر الآخر حكما يقوم مقام هذا البيع، على النحو الذى رأيناه فى الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد (أنظر بيدان ١١ فقرة ٣٢). ومقتضى هذا التكييف أنه لا تجوز الشفعة فى البيع الابتدائى، ولكن القضاء المصرى قد استقر على جواز الشفعة فيه، ومن ثم يكون التكييف الذى نقول فى المتن هو المتفق مع القضاء المصرى.

(٣) استئناف مختلط ٢٤ أبريل سنة ١٩٠٧ م١٩ ص٢١٧– ٢٥ أبريل سنة ١٩٠٧ م١٩ ص٢١٩ – ١٦ مايو سنة ١٩٠٧ م١٩ ص٢٦٤.

(والثانية) لما كان البيع الابتدائي ينشئ – إلى جانب الالتزامات التي ينشئها البيع عادة – التزاماً في ذمة كل من الطرفين بابرام البيع النهائي في خلال مدة معينة، وهذا الالتزام هو التزام بعمل، فانه إذا امتنع أحد الطرفين دون مبرر[١] عن القيام بالتزامه من إبرام هذا العقد، جاز للطرف الآخر إجباره على القيام بهذا الالتزام[1]. والسبيل إلى ذلك هو أن يستصدر حكماً ضده بوقوع البيع أو بصحة التعاقد، وهذا الحكم يقوم مقام العقد النهائي، وإذا كان المبيع عقاراً سجل هذا الحكم فتنتقل ملكية العقار إلى المشترى بتسجيله[٢].

٤٣– مصير البيع الابتدائي عند ابرام البيع النهائي: قدمنا أن كلا من الطرفين ملزم بابرام البيع النهائي، وأنه يجبر على ذلك باستصدار حكم ضده، فما هو مصير البيع الابتدائي بعد إبرام البيع النهائي؟ ينسخ البيع النهائي البيع الابتدائي ويحل محله، فلا يبقى

(١) ومن المبررات أن يجد المشترى العقار المبيع مثقلا بحق عيني لم ترد إشارة إليه في البيع الابتدائي، فيحق للمشترى في هذه الحالة الامتناع عن إبرام البيع النهائي وفسخ البيع الابتدائي. وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن للمشترى أن يمتنع عن تحرير العقد النهائي وعن دفع الثمن إذا تبين له أثناء الأجل أن المبيع مثقل بحقوق عينية لم يخطره بها البائع (٤ أبريل سنة ١٩٣٣ م٤٥ ص٢٢٧– ٥ فبراير سنة ١٩٣٥ م٤٧ ص١٤٣ – ٣ ديسمبر سنة ١٩٣٥ م٤٨ ص٤٥). وقضت أيضاً بأن للمشترى فسخ البيع الابتدائي إذا امتنع البائع عن تنفيذ التزامه بتسليم مستندات الملكية (٥ يناير سنة ١٩٣٥ م٤٧ ص٩٢.

(1) أ– بيع العقار قبل أن يسجل، لا يزال من طبيعته نقل الملكية إذ ينشئ التزاما بنقلها في جانب البائع، وكل ما أحدثه قانون التسجيل ومن بعده قانون الشهر العقارى من تغير في احكام البيع – هو أن نقل الملكية بعد أن كان نتيجة لازمه للبيع الصحيح، أصبح متراخياً إلى ما بعد شهره، ولذلك يبقى البائع ملتزما بموجب العقد بتسليم المبيع وبنقل الملكية للمشترى، كما يبقى المشترى ملزما بأداء الثمن، إلى غير ذلك من الالتزامات التي ترتبت بينهما على التقابل بمجرد حصول البيع.

(جلسة ١٩٧٣/٥/٩ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٤ ص٧٢٥).

ب– دعوى صحة ونفاذ عقد البيع. مقصودها تنفيذ التزام البائع بنقل الملكية إلى المشترى تنفيذيا عينيا والحصول على حكم يقوم مقام تسجيل العقد في نقل الملكية.

(جلسة ١٩٩٨/١١/٢٦ الطعن ١٧٦٩ لسنة ٦٣ق)

(جلسة ١٩٧٤/١٠/١٥ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٥ ص١١٣٥)

جـ– لما كان الطاعن قد أسس دعواه بطلب طرد واضع اليد على العقار مشتراه على عقدى البيع العرفيين الصادرين له، وكان عقد البيع – ولو لم يكن مشهرا – ينقل إلى المشترى جميع الحقوق المتعلقة بالمبيع والدعاوى المرتبطة بما في ذلك طلب تسليم العين المبيعة وطرد الغاصب منها استنادا إلى أن العقد العرفي يمنح المشترى الحق في استلام المبيع لأنه من الآثار التي تنشأ عن عقد البيع الصحيح وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر بقضائه برفض الدعوى تأسيسا على أن الطاعن لم يكتسب ملكية المنزل محل النزاع لعدم شهر عقد شرائه فأنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون.

(جلسة ١٩٧٩/٥/٢٨ مجموعة أحكام النقض السنة ٣٠ ص٤٦١ ع٢)

(٢) وليس هذا إلا تطبيقاً للمادة ٢١٠ مدنى إذ تقول: «في الالتزام بعمل يقوم حكم القاضي مقام التنفيذ، إذا سمحت بهذا طبيعة الالتزام».

إلا هذا البيع النهائي لتنظيم العلاقات بين المتبايعين[١]. ويمكن القول إن إبرام البيع النهائي يكون بمثابة تقايل[٢] من البيع الابتدائي كأن لم يكن، ولا يكون هناك إلا البيع النهائي. ومما يترتب على ذلك من النتائج ما يأتي:

١– تاريخ البيع هو تاريخ البيع النهائي، لأنه هو البيع الوحيد القائم ما بين الطرفين، ولا عبرة بتاريخ البيع الابتدائي فهذا بيع قد نسخ كما قدمنا[٣].

٢– يجوز أن يختلف البيع النهائي في شروطه عن البيع الابتدائي، ولكن ذلك لا يكون إلا باتفاق الطرفين[1]. فيجوز أن يتفقا على تعديل في مقدار الشئ المبيع، أو تعديل في الثمن، أو تعديل في سائر شروط البيع الابتدائي، ولا قيد عليهما في ذلك إلا وجوب اتفاقهما عليه[٤]. فإذا امتنع أى منهما عن قبول تعديل في شروط البيع الابتدائي، التزم

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه عند وجود بيع رسمي اتفق فيه الطرفان نهائياً على شروط البيع، يجب أن تزول جميع الاتفاقات والعقود التي سبقت هذا البيع النهائي. فإذا استحدث البيع النهائي تعديلا في الشروط التي كانت مذكورة في البيع الابتدائي أو في دفتر العطاء، فالعبرة بالشروط المعدلة التي استقرت في البيع النهائي (١٢ أبريل سنة ١٩١١ م٢٣ ص٢٦١). ومع ذلك يمكن الاعتداد بالبيع الابتدائي في تفسير ما غمض من الشروط في البيع النهائي، على أن يكون ذلك مجرد تفسير لا يستحدث جديداً في شروط البيع النهائي ولا يتعارض في شئ مع هذه الشروط (استئناف مختلط ١٧ يناير سنة ١٩٣٩ م٥١ ص١١٦) فإذا كان العقد الابتدائي منصوصاً فيه أن المبيع هو قطعة أرض مقام عليها منزل. ولم يذكر العقد النهائي هذا المنزل على وجه التعيين، جاز استخلاص اشتمال المبيع على المنزل أيضاً من مراجعة العقد الابتدائي (نقض مدنى ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٢٤ ص٤٧٢).

(1) عقد البيع النهائي الذى تستقر به العلاقة بين الطرفين يفسخ العقد الابتدائي ويحل محله فيما يتعلق بشروط البيع واحكامه، ويصبح هو قانونها والمرجع في التعرف على ارادتيهما النهائية، ومن ثم فإنه قد يتناول مقدار المبيع، أو الثمن، أو شروط البيع الابتدائي بالتعديل حيث يسوغ القول بان العقد النهائي بمثابة تقايل من البيع الابتدائي.

(جلسة ٢٠٠٠/١١/٢١ الطعن ٥٠٩ لسنة ٧٠ق)

(جلسة ١٩٨٥/١١/٢٠ الطعن ٦٣٦ لسنة ٥٢ق)

(جلسة ١٩٨٤/٥/٦ الطعن ١١٧٧ لسنة ٥٠ق)

(جلسة ١٩٨٣/١٢/٢٩ الطعن ٦٣٩ لسنة ٤٢ق)

(٢) أما إذا كانت شروط البيع النهائي هي نفس شروط البيع الابتدائي، فإن البيع النهائي يكون بمثابة تثبيت للبيع الابتدائي (قارب بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٧٥).

(٣) وترتب على ذلك أن البيع إذا كان واقعاً على عقار مملوك لشخص لا تتوافر فيه الأهلية، فتقدير ما إذا كان الغبن يزيد على الخمس (م٤٢٥/٢ مدنى) يكون وقت صدور البيع النهائي لا وقت صدور البيع الابتدائي.

(٤) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الحكم فيما حصله من وقائع الدعوى لتحديد التزامات كل من طرفي التعاقد توطئه لمعرفة المقصر منهما قد رجع إلى عقد البيع الابتدائي دون العقد النهائي الذى اختلفت شروطه عن العقد الابتدائي، وبه استقرت العلاقة بين الطرفين، فإنه يكون قد خالف القانون بعدم أخذه بهذا العقد الذى يكون هو قانون المتعاقدين (نقض مدنى ٢٣ مارس سنة ١٩٤٤ =

الآخر بهذه الشروط دون تعديل، ووجب عليه إمضاء البيع النهائي بالشروط نفسها التي تم بها البيع الابتدائي.

٣- إذا اتفق الطرفان على أن يكون البيع النهائي مكتوباً في ورقة رسمية، فان البيع يكون رسمياً حتى لو كان البيع الابتدائي مكتوباً في ورقة عرفية أو غير مكتوب أصلاً، ومن ثم يستطيع البائع أن ينفذ بالثمن بموجب الورقة الرسمية التي حررت بالبيع النهائي، كما يستطيع المشترى أن ينفذ بتسليم المبيع بموجب هذه الورقة[١].

٤- إذا كان البيع الابتدائي قد نسخ كما قدمنا بأثر رجعي، فان هذا النسخ لا يجوز أن يمس حقوق الغير[1]. فإذا كان الشفيع قد طلب الأخذ بالشفعة في البيع الابتدائي، بقي حقه في الشفعة قائماً وبشروط البيع الابتدائي، حتى بعد إبرام البيع النهائي، وحتى لو تغيرت شروط البيع النهائي عن شروط البيع الابتدائي. وإذا كان المشترى بعقد ابتدائي قد آجر العين التي اشتراها، بقي ملتزماً بهذا الإيجار حتى بعد إبدال البيع الابتدائي بالبيع النهائي. وإذا كان المشترى قد تصرف في المبيع، بقي أيضاً ملزماً بهذا التصرف، حتى بعد إبرام البيع النهائي[2].

=مجموعة عمر٤ رقم ١١٤ ص٣٠٢. وأنظر أيضاً: نقض مدني ٢٠ يوليه سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٩٢ ص٨٩٤. استئناف مختلط ١١ نوفمبر سنة ١٩١٩ م٣٢ ص٧: ذكرت ملحقات للأرض في البيع الابتدائي ولكنها لم تذكر في البيع النهائي). انظر أيضاً الأستاذ أنور سلطان فقرة ٨٥ ص١٠٩ - استئناف مختلط ١٨ مايو سنة ١٩٣٣ م٤٥ ص٢٩١. وإذا خلا البيع النهائي من الشرط الجزائي الوارد في البيع الابتدائي، دل ذلك على أن الطرفين قد تخليا عن هذا الشرط (نقض مدني ٩ يناير سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ رقم ٥ ص٦٢).

(١) ومن وقت إبرام البيع النهائي، يستطيع البائع أن يطالب المشترى بالثمن إذا كان معجلا، بل وله أن يمتنع عن إبرام البيع النهائي إذا لم يقبض الثمن في مجلس العقد. وكذلك يستطيع المشترى من هذا الوقت أيضاً أن يطالب البائع بتسليم المبيع وبريعه، وهذا ما لم يكن هناك ميعاد آخر متفق عليه للتسليم ولاستحقاق الريع، أو ما لم يوجد نص في القانون يقضي بغيره.

(1) أ- عقد البيع النهائي هو قانون المتعاقدين وليس العقد الابتدائي إلا أن هذه القاعدة قاصرة على العلاقة بين طرفي عقد البيع حيث لا يوجد حق مباشر للغير مستمد من هذا العقد الابتدائي، أما حيث يوجد هذا الحق بموجب الاشتراط لصالحه، فان تسجيل العقد مع اغفال هذا الحق لا يؤثر على حقه الثابت بموجب العقد الابتدائي.

(جلسة ١٩٨٠/١/٢٩ الطعن ٦٠٤ لسنة ٤٤ق مجموعة أحكام النقض س٣١ ص٣٤٤)

ب- عقد البيع النهائي بمثابة تقايل من البيع الابتدائي بنسخة العقد الابتدائي وحلوله محله فيما يتعلق بشروط البيع واحكامه وصيرورته قانون الطرفين والمرجع في التعرف على ارادتهما. امكان تناول مقدار المبيع أو الثمن أو شروط البيع بالتعديل.

(جلسة ٢٠٠٠/١١/٢١ الطعن ٥٠٩ لسنة ٦٧ق)

(2) قول المحكمة أن البيع الصادر من المحجور عليه قد انعقد بالعقد العرفي قبل الحجر، وأن العقد الرسمي اللاحق لم ينشئ البيع بل أنه لم يكن إلا تنفيذا للعقد الأول قول صحيح، لان عقد البيع لا يزال بعد قانون التسجيل من عقود التراضي التي تتم بالايجاب والقبول، وكل ما استحدثه هذا =

٥- ويبدو أن الشفيع إذا فاته الأخذ بالشفعة في البيع الابتدائي، جاز له الأخذ بالشفعة في البيع النهائي وفي مواعيد هذا البيع. ولكن إذا هو أسقط شفعته بعد علمه بالبيع الابتدائي، بأن نزل عنها أو ترك المواعيد تفوت، لم يستطيع بعد ذلك الأخذ بالشفعة في البيع النهائي، إلا إذا اختلفت شروط البيع النهائي عن شروط البيع الابتدائي، وبخاصة إذا أنقص الثمن. وذلك أن الشفيع إذا كان قد نزل عن حقه في أخذ المبيع بالشفعة بثمن معين، فان هذا لا يستلزم حتماً أنه قد نزل عن حقه في أخذ هذا المبيع بالشفعة بثمن أقل.

ثالثاً- البيع بالعربون

٤٤- الصورة العملية للبيع بالعربون: أكثر ما يقع الاتفاق على العربون (arrhes) في البيع الابتدائي في الصورة التي بسطنا أحكامها فيما تقدم. فيبرم المتعاقدان بيعاً ابتدائياً، ويحددان ميعاداً لإبرام البيع النهائي، ويتفقان في البيع الابتدائي على عربون يدفعه المشترى للبائع. فإذا امتنع المشترى عن إبرام البيع النهائي في الميعاد المحدد، خسر العربون الذى دفعه للبائع، وسقط البيع الابتدائي. وإذا كان الذى امتنع عن إبرام البيع النهائي هو البائع، ترتب على امتناعه نفس الجزاء المتقدم، فيسقط البيع الابتدائي، ويخسر البائع قيمة العربون بأن يرد للمشترى العربون الذى أخذه منه ومعه مثله.

٤٥- أحكام البيع بالعربون: وقد ورد نص في التعاقد بالعربون بوجه عام، فقد نصت المادة ١٠٣ من التقنين المدني على أن «١- دفع العربون وقت إبرام العقد يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه، إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك. ٢- فإذا عدل من دفع العربون فقده، وإذا عدل من قبضه رد ضعفه، وهذا ولو لم يترتب على العدول أي ضرر[١]». ونتولى الآن تطبيق هذا النص على عقد البيع بالذات، بعد أن شرحناه فيما يتعلق بالتعاقد بوجه عام[٢].

والذى يقع عادة هو أن يعطى المشترى للبائع مبلغاً من النقود يسميه عربوناً ويعتبره مبدئياً جزءاً من الثمن. ويكون لدفع العربون على هذا الوجه إحدى دلالتين: فاما أن يكون غرض المتبايعين حفظ الحق لكل منهما في العدول عن البيع في نظير أن يدفع قيمة

=القانون من تغيير في احكام عقد البيع هو أن الملكية بعد أن كان نقلها نتيجة لازمة لمجرد التعاقد بمقتضى نص الفقرة الأولى من المادة ٣٦٦ من القانون المدني (قديم) صار نقلها متوقفا على التسجيل.

(١٩٤١/١١/٦ مجموعة القواعد القانونية لـ٢٥ عاما-٧-٣٤٥)

(١) أنظر في تاريخ هذا النص الوسيط جزء أول فقرة ١٤٠ في الهامش.

(٢) الوسيط جزء أول فقرة ١٤٠- فقرة ١٤٢.

العربون للطرف الآخر، وإما أن يكون الغرض هو تأكيد العقد والبت فيه عن طريق البدء في تنفيذه بدفع العربون فلا يكون لأحد من المتبايعين حق العدول عن البيع.

ولم يكن التقنين المدني السابق يشتمل على نص يغلب إحدى هاتين الدلالتين على الأخرى عند الشك، فكان القضاء المصري يتردد بينهما ويفسر نية المتبايعين بحسب العرف الجاري. والعرف في مصر يجعل دلالة العربون في البيع الابتدائي جواز العدول، وفي البيع النهائي التأكيد والبت[1].

---

(١) الوسيط جزء أول فقرة ١٤١– وقد قضت محكمة النقض بأن العربون ما يقدمه أحد العاقدين إلى الآخر عند إنشاء العقد. وقد يريد المتعاقدان بالاتفاق عليه أن يجعلا عقدهما مبرماً بينهما على وجه نهائي، وقد يريدان أن يجعلا لكل منهما الحق في امضاء العقد أو نقضه. ونية العاقدين هي وحدها التي يجب التعويل عليها في إعطاء العربون حكمه القانوني. وعلى ذلك إذا استخلص الحكم من نصوص العقد أن نية عاقديه انعقدت على تمامه، وأن المبلغ الذي وصف فيه بأنه عربون ما هو في الواقع إلا قيمة التعويض الذي اتفقا على استحقاقه عند الفسخ المسبب عن تقصير أحد المتعاقدين في الوفاء بما التزم به، وكان ما استظهرته محكمة الموضوع من نية المتعاقدين على هذا النحو تفسيراً للعقد تحتمله عباراته، فذلك يدخل في سلطتها التقديرية التي لا تخضع فيها رقابة محكمة النقض (نقض مدني ٢١ مارس سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٥٢ ص١٣٢)

وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن العربون في العقد الابتدائي دليل على جواز العدول، وفي العقد النهائي دليل على البتات (٣٠ أكتوبر سنة ١٩١٦ م٢٩ ص٢٢– ٧ فبراير سنة ١٩١٧ م٢٩ ص٢٠٤ – ١١ أبريل سنة ١٩١٧ م٢٩ ص٣٥٢ – ١٧ ديسمبر سنة ١٩١٩ م٣٢ ص٧٤ – ٤ نوفمبر سنة ١٩٢٥ م٣٨ ص١١ – ٥ أبريل سنة ١٩٣٨ م٥٠ ص٢١٥ – وانظر أيضاً في هذا المعنى: استئناف مصر ٢١ فبراير سنة ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٢٦ رقم ٣٩ ص٦٥– ٢١ نوفمبر سنة ١٩٢٥ المجموعة الرسمية ٢٧ رقم ٩٠ ص١٣٦).

وهناك أحكام تقضي بأن العربون في حالة الشك يدل على جواز العدول (استئناف مصر ٣١ أكتوبر سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢١ رقم ٢٦ ص٣٥– القضاء المستعجل ٢٨ مارس سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ٢٦ ص١١١– استئناف مختلط ١٥ أبريل سنة ١٩٤٤ م٥٦ ص١٠٣– ٣١ مارس ١٩٤٨ م٦٠ ص٦٤)، وأحكام تقضي على العكس من ذلك بأن العربون في حالة الشك يكون دليلا على البتات ويكون بمثابة شرط جزائي (استئناف مصر ٢٨ فبراير سنة ١٩٢٢ المحاماة، رقم ٣/١٢٢ ص٤٨٦– ٢٥ أبريل سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٧/١٣٢ ص٢٩٢).

وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن دلالة العربون، وقد تكون لتأكيد العقد لا لجواز العدول عنه، تترك لتفسير نية المتعاقدين (٣ ديسمبر سنة ١٩٣٥ م٤٨ ص٤٥ – ٢٥ مايو سنة ١٩٤٧ م٥٩ ص١٥٧). وقضت أيضاً بأنه إذا كان العربون دليل العدول لوقت معين، لم يجز لعدول بعد انقضاء هذا الوقت. أما إذا لم يعين وقت لجواز العدول، جاز العدول إلى وقت التنفيذ. ولا تجوز إساءة استعمال الحق في العدول، فالبائع الذي أظهر نيته في أن يمضي في العقد دون استعمال حقه في العدول، وأخذ يقوم بالإجراءات اللازمة لإتمام العقد حتى أوشك على إتمامها، ثم عدل بعد ذلك فجأة، لا يقتصر على خسارة العربون، بل يجب أيضاً أن يدفع تعويضاً لإساءة استعمال حقه في العدول (٥ أبريل سنة ١٩٣٨ م٥٠ ص٢١٥ وقد سبقت الإشارة إليه). وقضت محكمة استئناف مصر الوطنية بأنه وإن كان لكل من الطرفين حق الخيار في الرجوع مع خسارة قيمة العربون، إلا أنه لا يجوز التمادي في ذلك الحق إلى أجل غير محدود، فإن كان المتعاقدان قد حددا ميعاداً لنقض البيع مقابل ترك العربون فلا دوام لهذا الحق إلا لغاية الأجل المضروب بحيث إذا انقضى الميعاد سقط =

ثم جاء التقنين المدني الجديد بالنص الذي قدمناه – م١٠٣ مدني – يقيم قرينة قانونية تقبل إثبات العكس. وتقضي هذه القرينة بأن الأصل في دفع العربون أن تكون له دلالة جواز العدول عن البيع، إلا إذا اتفق الطرفان صراحة أو ضمناً أن دفع العربون معناه البت والتأكيد والبدء في تنفيذ العقد[1]. وقد قدمنا أن العربون لا يدفعه المشتري عادة للبائع إلا عند توقيع البيع الابتدائي، أما عند توقيع البيع النهائي فالذي يدفع هو الثمن إذا كان معجلاً أو قسط منه إذا كان مقسطاً أو لا يدفع منه شئ أصلا إذا كان مؤجلا. فنقتصر على الصورة العملية التي يدفع فيها المشتري العربون للبائع عند توقيع العقد الابتدائي.

فإذا لم يتبين من العقد الابتدائي ماذا قصد المتبايعان من حيث دلالة العربون، فهناك قرينة قانونية كما قدمنا على أن العربون يراد به أن يكون لكل من المتبايعين حق الرجوع في البيع وعدم إبرام البيع النهائي. وفي هذه الحالة يستطيع المشتري أن يرجع في البيع. فيخسر العربون الذي دفعه إلى البائع ولا يسترده منه في نظير هذا الرجوع[1]. ولا يعتبر

=حقهما في النقض. فإن لم يكن ثمة ميعاد فيدوم خيار النقض، إما إلى حين تنفيذ العقد كما لو سلم البائع المبيع للمشتري أو دفع المشتري للبائع أقساطاً من الثمن، وإما إلى أن يكلف أحد المتعاقدين الآخر تكليفاً رسمياً بتنفيذ الاتفاق أو إبداء رغبته في نقضه مقابل خسارة العربون، حتى لا يبقى التعاقد معلقاً إلى أجل غير مسمى (٨ فبراير سنة ١٩٤٨ المجموعة الرسمية ٥٠ رقم ١١٤).

(١) وهذا على أن يكون رجوعه في المدة المتفق عليها إذا حددت مدة الرجوع، فإذا انقضت هذه المدة سقط حق الرجوع وتأكد العقد، وأصبح العربون جزءاً من الثمن. أما إذا لم تحدد مدة الرجوع، فللمشتري الرجوع في أي وقت إلى يوم التنفيذ، وجزاء رجوعه هو خسارة العربون كما قدمنا (استئناف مختلط ٥ أبريل سنة ١٩٣٨ م٥٠ ص٢١٥ – ٨ يونيه سنة ١٩٤٨ م٦٠ ص١٣٩). على أن المشتري، حتى في خلال المدة التي يجوز له الرجوع فيها، إذا أظهر نيته في إمضاء العقد وتنفيذه، اعتبر أنه قد أساء استعمال حقه في الرجوع إذا رجع بعد ذلك، وكان مسئولا عن تعويض فوق خسارته للعربون (استئناف مختلط ٥ أبريل سنة ١٩٣٨ م٥٠ ص٢١٥ وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم).

(1) النص في الفقرة الأولى من المادة ١٠٣ من القانون المدني على أن دفع العربون وقت ابرام العقد يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه إلا إذا قضي الاتفاق بغير ذلك يدل – وعلى ما جرى قضاء محكمة النقض – على أنه وان كان لدفع العربون دلالة العدول إلا أن شروط التعاقد قد تقضي بغير ذلك، والمرجع في بيان هذه الدلالة هو بما تستقر عليه نية المتعاقدين واعطاء العربون حكمه في القانون ولمحكمة الموضوع أن تستظهر نية المتعاقدين من ظروف الدعوى ووقائعها لتبين ما إذا كان المبلغ المدفوع هو بعض الثمن الذي انعقد به البيع باتا أم أنه عربون في بيع مصحوب بخيار العدول إذ أن ذلك يدخل في سلطتها التقديرية التي لا تخضع فيها لرقابة محكمة النقض طالما أن قضاءها يقوم على أسباب سائغة.

(جلسة ٢٠٠١/١/٤ الطعن ٦١٨ لسنة ٧٠ق)

(جلسة ١٩٨٨/٥/١١ الطعن ٧٢ لسنة ٥٥ق)

(جلسة ١٩٨٧/٣/٣١ الطعن ١٦٣٧ لسنة ٥٣ق)

(جلسة ١٩٨٠/١٢/٢ الطعن ٨١٦ لسنة ٤٦ق س٣١ ص١٩٩٢)

العربون تعويضاً عن ضرر أصاب البائع، بل هو جزاء حتمى يدفعه من عدل عن البيع للطرف الآخر، حتى لو لم يترتب على العدول أى ضرر كما هو صريح النص.

كذلك يستطيع البائع أن يرجع في البيع، ويكون الجزاء على هذا العدول هو كما قدمنا أن يدفع للمشترى قيمة العربون، فيرد له أولا العربون الذى أخذه منه ثم مقداراً معادلاً له هو الذى يستحقه المشترى فوق استرداده لما دفعه، وهذه القرينة القانونية التى استحدثها التقنين الجديد تسرى من وقت العمل بهذا التقنين، فلا يعمل بها إلا فى عقود البيع التى تمت منذ ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩.

وقد يبين البيع الابتدائى دلالة العربون. فإذا بينها على أنها لجواز العدول عن البيع، كان الحكم الذى قدمناه. وإذا بينها على أنها للبت والتأكيد، لم يجز لأى من المتبايعين الرجوع في البيع، واعتبر العربون المدفوع جزءاً من الثمن، وجاز لأى من الطرفين إلزام الطرف الآخر بإبرام البيع النهائى[١](1).

---

(١) ويعتبر دفع العربون تنفيذاً جزئياً يجب استكماله. وتجرى على العقد الذى أبرم القواعد العامة التى تجرى على سائر العقود من جواز المطالبة بالتنفيذ العينى أو بالتعويض أو بالفسخ. وإذا فسخ العقد وترتب على الفسخ تعويض فليس من الضرورى أن يقدر التعويض بمقدار العربون، فقد يكون أكثر أو أقل بحسب جسامة الضرر (الوسيط جزء أول فقرة ١٤٢ ص٢٦٤).

هذا وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد يشتمل على نص هو المادة ١٥٣ من هذا المشروع، وكانت تجرى على الوجه الآتى: «١- إذا نفذ الالتزام الذى من أجله دفع العربون خصم من قيمة هذا الالتزام، فإذا استحال الخصم استرد العربون من دفعه. ٢- ويتعين كذلك رد العربون إذا استحال تنفيذ العقد لظروف لا يكون أحد من المتعاقدين مسئولا عنها، أو إذا فسخ العقد بخطأ من المتعاقدين أو باتفاق بينهما». وقد حذف هذا النص فى لجنة المراجعة لإمكان الاستغناء عنه اكتفاء بتطبيق القواعد العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية٢ ص٨٠- ص٨٢ فى الهامش). وبديهى أنه إذا تقرر تنفيذ البيع الذى دفع فيه العربون فأصبح العربون تنفيذاً جزئياً لهذا البيع، ثم طرأ بعد ذلك ما جعل البيع يستحيل تنفيذه لسبب أجنبى، فإن العقد ينفسخ ويجب رد العربون. وكذلك يكون الحكم لو فسخ العقد بخطأ من المتبايعين كليهما أو باتفاق بينهما، فليس أحدهما أولى بالمسئولية من الآخر، فيرد العربون لمن دفعه (بودرى وسينيا فقرة ٨٣).

(1) اتجاه نية المتعاقدين إلى الأخذ بقرينة المادة ١٠٣ من القانون المدنى بأن دفع العربون لتأكيد حق كل منهما فى العدول عن الصفقة، فيستطيع المشترى العدول فيخسر العربون الذى دفعه للبائع نظير هذا العدول، وكذلك يستطيع البائع أن يرجع عن البيع، ويكون الجزاء فى هذه الحالة هو رد ضعف العربون الذى قبضه، وذلك بغض النظر عن الضرر الذى يكون قد أصاب الطرف الآخر من جراء هذا العدول إعمالا لصريح نص الفقرة الثانية من المادة ١٠٣ سالفة الذكر أما إذا تبين أن العربون كان للبت والتأكيد على تمام العقد فلا يجوز لأى من الطرفين العدول عن البيع، ويعتبر العربون المدفوع جزءا من الثمن، وجاز لأى من الطرفين إلزام الطرف الآخر بتنفيذ العقد ويجرى على العقد القواعد العامة من جواز المطالبة بالتنفيذ العينى أو بالتعويض أو بالفسخ مع التعويض إن كان له وجه.

(جلسة ٢٠٠١/١/٤ الطعن ٦١٨ لسنة ٧٠ق)

(جلسة ١٩٨٧/٣/٣١ الطعن ١٦٣٧ لسنة ٥٣)

(جلسة ١٩٨٠/١٢/٢ الطعن ٨١٦ لسنة ٤٦ق س٣١ ص١٩٩٢)

وقد يبين البيع الابتدائى أن للعربون دلالة العدول بالنسبة إلى أحد المتعاقدين دون الآخر. فيجعل البائع وحده الحق إما فى إلزام المشترى بابرام البيع النهائى، وإما فى الاقتصار على أخذ العربون مع إسقاط البيع. وكذلك قد يجعل البيع الابتدائى هذا الحق للمشترى وحده، فيجوز له إما إلزام البائع بابرام البيع النهائى وإما الاقتصار على استرداد العربون ومقدار مثله(1).

٤٦- التكييف القانونى للعربون: قدمنا أنه إذا كانت دلالة العربون جواز الرجوع فى البيع، فان العاقد الذى يرجع يلتزم بدفع قيمة العربون للعاقد الآخر. ولكن هذا الالتزام ليس تعويضاً عن الضرر الذى أصاب الطرف الآخر من جراء العدول، فان النص صريح فى أن هذا الالتزام موجود حتى لو لم يترتب على العدول أى ضرر. فالعربون إذن معناه فى نظر المشرع أن المتبايعين قد أرادا إثبات حق الرجوع لكل منهما فى نظير الالتزام بدفع قيمة العربون، فجعلا العربون مقابلا لحق الرجوع. ومن ثم لا يجوز تخفيض العربون إذا تبين أن الضرر الذى أصاب الطرف الآخر أقل من قيمته، كما لا تجوز زيادته إذا تبين أن الضرر أكبر، ما لم يكن هناك تعسف فى استعمال حق الرجوع فتكون الزيادة تعويضاً عن التعسف لا تعويضاً عن الرجوع فى ذاته. ولا يجوز عدم الحكم بالعربون حتى إذا تبين أنه ليس هناك أى ضرر، كما سبق القول.

فالعربون إذن هو مقابل للرجوع فى البيع، أى بدل عن هذا الرجوع. فيمكن تكييفه بأنه البدل فى التزام بدلى. ويكون المدين – بائعاً كان أو مشترياً – ملتزماً أصلا بالالتزام الوارد فى البيع ودائناً فى الوقت ذاته بالحق الذى يقابل هذا الالتزام. ولكن تبرأ ذمته من الالتزام – ويسقط بداهة الحق المقابل تبعاً لذلك – إذا هو أدى العربون[١].

---

(١) وإذا كان العربون مقترناً بوعد بالبيع أو بالشراء ملزم لجانب واحد، فهذا هو الالتزام البدلى المحض. إذ الواعد – وهو الذى دفع العربون– يلتزم بإبرام العقد النهائى إذا ظهرت رغبة الآخر فى إبرامه، وله بدلا من ذلك أن يترك العربون وهذا هو البدل (قارن سينيا فقرة ٨٨).

أنظر أيضاً محاضرات الأستاذ حسن الذنون فى نظرية العقد فى القانون المدنى العراقى فى معهد الدراسات العربية العالية فقرة ٢٦ ص٣٣، وهو يتفق معنا فى هذا الرأى. ويعترض الأستاذ سليمان مرقس على تكييف العربون بأنه التزام بدلى بأن «الالتزامات التى ينشئها البيع البات فى ذمة البائع متعددة ولكل منها محله الخاص، ويجوز للبائع فى البيع بالعربون أن يبرأ منها جميعاً بمجرد عدوله عن البيع على أن يحل محلها التزام آخر مغاير لها هو البيع بقيمة العربون، فلا يستقيم إعتبار ذلك التزاماً بدلياً» (البيع فقرة ٤٢ ص٦٢). ولا نرى ما يمنع من أن يكون المحل الأصيل فى الالتزام البدلى محالا متعددة، بينما يكون البديل محلا واحداً.

(1) مطالبة المشترى برد ضعف العربون الوارد فى الاتفاق لتخلف البائع عن تنفيذ صفقة البيع المتفق عليها، تكون بطريق الدعوى العادية وليس عن طريق أمر الاداء لأن المطالبة به ليس ثابتا كله فى الاتفاق.

(جلسة ١٩٧٥/١٢/٩ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٦ ص١٥٩٣)

ويترتب على ذلك أن العربون بدل مستحق بالعقد، فدفعه إنما هو تنفيذ للعقد وليس فسخاً له(١).

ويختلف العربون في كل ذلك عن الشرط الجزائي. فان الشرط الجزائي تعويض، اتفق على تقديره المتعاقدان، عن الضرر الذى ينشأ عن الإخلال بالعقد. ومن ثم جاز للقاضي تخفيض هذا التقدير إذا كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة، بل جاز له ألا يحكم به أصلا إذا لم يلحق الدائن أى ضرر، وهذا كله بخلاف العربون(٢) كما سبق القول. فالتكييف

(١) وفى الفقه الفرنسي يذهب بعض الفقهاء إلى أن البيع بالعربون بيع معلق على شرط فاسخ، فينفذ البيع في الحال ولكن يجوز لكل من المتبايعين فسخ البيع فيخسر العربون (كولميه دى سانتير ٧ فقرة ١١ مكررة تاسعاً وعاشراً – جيوار ١ فقرة ٢٣). ويذهب بعض آخر إلى أنه بيع معلق على شرط واقف، فلا ينفذ إلا إذا انقضت المدة المحددة ولم يرجع أحد المتبايعين في البيع، ومن ثم يقف انتقال الملكية إلى أن يتحقق الشرط الواقف ولكن إذا تحقق انتقلت بأثر رجعي، وتكون تبعة هلاك المبيع قبل تحقق الشرط الواقف على البائع لا على المشترى (بودرى وسينيا فقرة ٨٠ – كولان وكابيتان ٢ فقرة ٨٣٨– جوسران٢ فقرة ١٠٦٨– وقارن بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢٠٩ ص٢٤٦). وسواء اعتبر البيع معلقاً على شرط واقف أو على شرط فاسخ، فأنه يصعب تعيين مصدر الالتزام بدفع العربون ما دام البيع يزول بأثر رجعي بتحقق الشرط الفاسخ أو بعدم تحقق الشرط الواقف.

أنظر في معنى الشرط الواقف في الفقه المصرى الأستاذ أنور سلطان فقرة ٩٠ – الأستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ١٠٦ ص١٦٠.

وانظر في أن البيع بالعربون يتضمن اتفاقين متميزين، أولهما الاتفاق على البيع مقترناً بشرط واقف أو فاسخ بحسب قصد المتعاقدين، والثانى اتفاق على تعيين ثمن لاستعمال الحق في العدول يلتزم بمقتضاه من يستعمل هذا الحق أن يدفع مبلغاً يوازى قيمة العربون ويعتبر هذا الاتفاق الأخير باتا الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٤٢ ص٦٣.

(٢) ويرجع فيما إذا كان ما اتفق عليه المتعاقدان هو شرط جزائي أو عربون إلى نيتهما مستظهرة من ظروف الدعوى ووقائعها، مما يدخل في سلطة قاضي الموضوع دون رقابة عليه من محكمة النقض. وقد قضت محكمة النقض بأن لقاضى الموضوع أن يستخلص من نص عقد البيع ومن ظروف الدعوى وأحوالها أن العاقدين قصدا به أن يكون البيع بيعاً باتاً منجزاً بشرط جزائي ولم يقصدا أن يكون بيعاً بعربون أو بيعاً معلقاً على شرط فاسخ (نقض مدنى ٥ يناير سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر١ رقم ٩١ ص١٦٣ – وانظر أيضاً نقض مدنى ٢١ مارس سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٥٢ ص١٣٢ وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم).

وإذا كان ثابتاً أن كل ما دفعه المشترى، سواء أكان للبائع أم لدائنيه المسجلين على العقار المبيع، إنما هو من الثمن المتفق عليه لا مجرد عربون يضيع عند اختيار الفسخ، وأن المتعاقدين أكدا نيتهما هذه بتصرفاتهما التالية للعقد، كان البيع باتاً خالياً من خيار الفسخ (نقض مدنى ٢٠ أبريل سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٢٢ ص٣٣٠).

وإذا كانت المحكمة لم تبين في أسباب حكمها في خصوص المبلغ المدفوع للبائع بموجب عقد البيع إن كان عربوناً فيفقده المشترى كفدية يتحلل بها عند نكوله عن إتمام ما اتفق عليه مع البائع أم أنه كان جزءاً من الثمن لا يحكم به للبائع كتعويض إلا متى ثبت خطأ المشترى وحاق ضرر بالبائع، بل قررت أن المشترى قد فقد المبلغ الذى دفعه نتيجة تقصيره في إتمام العقد سواء اعتبر المبلغ المدفوع عربوناً أو جزءاً من الثمن، دون أن تمحص دفاع المشترى ومؤداه أن عدوله عن إتمام الصفقة كان=

القانونى للشرط الجزائي هو نفس التكييف القانوني للتعويض، ولا يجوز القول بأن التعويض بدل في التزام بدلى، لأن المدين لا يملك أن يؤديه بدلا من تنفيذ الالتزام الأصلي تنفيذاً عينياً إذا كان هذا التنفيذ ممكناً وطالب به الدائن(١).

المطلب الثاني

التبايع بطريق النيابة

٤٧ – جواز التبايع بطريق النيابة وتطبيق القواعد العامة: يجوز التبايع بطريق النيابة، فيباشر البيع نائب عن للبائع، أو يباشر الشراء نائب عن المشترى، أو يباشر كلا من البيع والشراء نائب عن كل من البائع والمشترى. فيتم البيع وفقاً للقواعد المقررة في النيابة في التعاقد، وهى القواعد التى سبق بسطها في الجزء الأول من الوسيط(٢).

فتحل إرادة النائب عن البائع أو عن المشترى محل إرادة الأصيل، مع انصراف أثر هذه الإرادة – أى انصراف الحقوق والالتزامات الناشئة من عقد البيع – إلى شخص الأصيل كما لو كانت الإرادة قد صدرت منه هو. ويشترط لتحقيق ذلك أن تحل إرادة النائب محل إرادة الأصيل، وأن تجرى إرادة النائب في الحدود المرسومة للنيابة، وأن يكون التعامل باسم

=بسبب عيب خفي في المنزل المبيع سلم له به البائع، وبسببه اتفق وإياه على التفاسخ وعرض المنزل على مشتر آخر، وكان هذا الدفاع جوهرياً يتغير به وجه الرأى في الدعوى، فإنه كان لزاماً على المحكمة أن تتعرض له وتفصل فيه، وتبين ما إذا كان المبلغ المدفوع من المشترى هو في حقيقته عربون أو جزء من الثمن لاختلاف الحكم في الحالتين، وإذ هي لم تفعل يكون حكمها قد شابه قصور يبطله ويستوجب نقضه (نقض مدنى ١٢ فبراير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض٤ رقم ٧٢ ص٤٩٥).

ولمحكمة الموضوع أن تستظهر نية المتعاقدين من ظروف الدعوى ووقائعها ومن نصوص العقد لتتبين ما إذا كان المبلغ المدفوع هو بعض الثمن الذى انعقد به البيع باتا، أو أنه عربون في بيع مصحوب بخيار العدول، إذ أن ذلك مما يدخل في سلطتها الموضوعية متى كان مقاماً على أسباب سائغة (نقض مدنى ٢٢ مارس سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٥٥ ص٣٦٩).

ومتى كان قد نص في عقد البيع صراحة على أن المشترى دفع عربوناً وحدد مقداره والحالة التى تبيح للمشترى استرداده وتلك التى تبيح للبائع الاحتفاظ به، كما حدد في العقد موعد الوفاء بباقى الثمن وشرط استحقاقه، فان تكييف محكمة الموضوع لهذا العقد بأنه بيع بالعربون يحوى خيار العدول هو تكييف سليم. ولا يعيب الحكم عدم تعرضه للعبارة التى ختم بها العقد من أنه «عقد بيع نافذ المفعول»، ما دامت هذه العبارة لا تعنى أكثر من نفاذ العقد بشروطه، ومن بينهما أن حق المشترى في العدول عن العقد لا يسقط إلا عند تمام الواقعة التى حددها الطرفان لانتهاء خيار العدول (نقض مدنى ٥ أبريل سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٦٨ ص٥٠٨).

(١) الوسيط جزء أول فقرة ١٤٢ ص٢٦٣ وص٢٦٤ هامش رقم ١.

(٢) الوسيط جزء أول فقرة ٨٣– فقرة ٩٧.

الأصيل لا باسم النائب. وقد سبق بيان ذلك تفصيلا عند الكلام في النيابة في التعاقد[١].

والنيابة بالنسبة إلى المصدر الذى يحدد نطاقها، تكون إما نيابة قانونية إذا كان القانون هو الذى يحدد هذا النطاق كما فى الولى والوصى والقيم والوكيل عن الغائب والحارس القضائى، وإما أن تكون نيابة اتفاقية إذا كان الاتفاق هو الذى يتولى تحديد نطاقها ويتحقق هذا فى عقد الوكالة.

فيجوز إذن أن ينوب عن البائع أو عن المشترى وكيل[1]، وهذا يدخل فى الوكالة فلا شأن لنا به هنا[٢]. كما يجوز أن ينوب عن البائع أو عن المشترى ولى أو وصى أو قيم أو وكيل عن الغائب أو حارس قضائى. وفى جميع الأحوال لا يجوز لشخص أن يتبايع مع نفسه باسم من ينوب عنه، سواء أكان التبايع لحسابه هو أم لحساب شخص آخر، دون ترخيص من الأصيل قبل التعاقد أو إجازة منه بعد التعاقد (م١٠٨ مدنى).

ونقف عند هاتين المسألتين: (١) التبايع عن طريق ولى أو وصى أو قيم أو وكيل عن الغائب أو حارس قضائى. (٢) بيع النائب لنفسه.

---

(١) الوسيط جزء أول فقرة ٨٤- فقرة ٩١.

(1) متى كان عقد البيع فى القانون المدنى المصرى - على ما أفصحت عنه المادة ٤١٨ منه، عقدا رضائيا إذ لم يشترط القانون لانعقاده شكلا خاصا به ينعقد بمجرد تراضى المتبايعين، وسواء كان فى حقيقته بيعا أو يستر هبة، فان الوكالة فى البيع تكون بدورها رضائية، ولا تستوجب شكلا خاصا لانعقادها عملا بالمادة ٧٠٠ منه، وبالتالى فان الوكالة فى البيع تخضع فى شكلها الخارجى لقانون محل ابرامها.

(جلسة ١٩٧٣/٥/١٧ الطعن ٢١٦ لسنة ٣٨ق س٢٤ ص٧٧٢)

(٢) ونقتصر هنا على الإشارة إلى أن البيع والشراء بوجه عام من أعمال التصرفات لا من أعمال الإدارة، فلابد من وكالة خاصة فى كل منهما يخصص فيها نوع التصرف الموكل فيه، ولا تكفى الوكالة الواردة فى ألفاظ عامة لا تخصيص فيها لنوع التصرف الحاصل فيه التوكيل، فهذه الوكالة العامة إنما تكفى فى أعمال الإدارة لا فى أعمال التصرف (م٧٠١ مدنى). وقد نصت المادة ٧٠٢ مدنى فى هذا الصدد على ما يأتى: «١- لابد من وكالة خاصة فى كل عمل ليس من أعمال الإدارة، وبوجه خاص فى البيع والرهن والتبرعات والصلح والإقرار والتحكيم وتوجيه اليمين والمرافعة أمام القضاء. ٢- والوكالة الخاصة فى نوع معين من أنواع الأعمال القانونية تصح ولو لم يعين محل هذا العمل على وجه التخصيص، إلا إذا كان العمل من التبرعات. ٣- والوكالة الخاصة لا تجعل للوكيل صفة إلا فى مباشرة الأمور المحددة فيها وما تقتضيه هذه الأمور من توابع ضرورية وفقاً لطبيعة كل أمر وللعرف الجارى».

ويخلص من هذا النص أن التوكيل فى البيع أو الشراء يجب أن يكون توكيلا خاصا، أى توكيلا يذكر فيه هل التوكيل فى البيع أو فى الشراء، ولا يشترط فى هذا التوكيل الخاص تعيين الشئ الذى يباع أو يشترى.

هذا وقد جرى القضاء على اعتبار المرأة المتزوجة وكيله عن زوجها فى شراء الحاجات المنزلية (استئناف مختلط ٢ مايو سنة ١٩٣٥ م٤٧ ص٢٩٣).

١- التبايع عن طريق ولى أو وصى أو قيم أو وكيل عن الغائب أو حارس قضائى

٤٨- المصادر التشريعية: النائب هنا يستمد ولايته من القانون كما قدمنا، فالقانون هو الذى يحدد مدى هذه الولاية. وهناك مصدران تشريعيان مختلفان، أحدهما يحدد مدى ولاية الولى والوصى والقيم والوكيل عن الغائب، والثانى يحدد مدى ولاية الحارس القضائى.

فالمصدر التشريعى الأول هو النصوص الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة والوكالة عن الغائب. وقد كانت هذه النصوص قبلا يحتويها قانون المجالس الحسبية الصادر فى سنة ١٩٢٥. وقد ألغى هذا القانون واستبدل به قانون المحاكم الحسبية الصادر فى سنة ١٩٤٧. ثم حل محل هذا القانون المرسوم رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢، وهو الذى يسمى بقانون الولاية على المال.

والمصدر التشريعى الثانى هو النصوص الخاصة بالحراسة، وهذه يحتويها التقنين المدنى فى المواد من ٧٢٩ إلى ٧٣٨.

ونستعرض، طبقاً لهذه المصادر التشريعية، مدى ولاية الولى، ثم مدى ولاية الوصى والقيم والوكيل عن الغائب، ثم مدى ولاية الحارس القضائى، فى البيع والشراء، إذ أن لكل من الطوائف الثلاث ولاية تختلف فى المدى عن الولاية التى للطائفتين الأخريين.

٤٩- ولاية الولى فى البيع والشراء: الولى هو أبو القاصر أو جده، ومدى ولاية الأب أوسع من مدى ولاية الجد.

فقد قضت المادة ٧ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأنه لا يجوز للأب أن يتصرف فى عقار القاصر أو فى محله التجارى أو فى أوراقه المالية إذا زادت قيمة أى منها على ثلثمائة جنيه، إلا بإذن المحكمة. ولا يجوز للمحكمة فى هذه الأحوال أن ترفض الإذن إلا إذا كان التصرف من شأنه جعل أموال القاصر فى خطر أو كان فيه غبن يزيد على خمس القيمة[1]. وقضت المادة ٨ بأنه لا يجوز للأب أن يتصرف فى أموال القاصر، عقارية كانت أو منقولة، ولو لم تجاوز قيمتها ثلثمائة جنيه، إلا بإذن المحكمة وتحت

---

(1) تنص المادة السابعة من المرسوم بقانون ١١٩ لسنة ١٩٥٢ فى فقرتها الثانية بأنه «لا يجوز للمحكمة أن ترفض الاذن إلا إذا كان التصرف من شأنه جعل اموال القاصر فى خطر أو كان فيه غبن يزيد على خمس القيمة» ومفاد ذلك أن اشتراط خلو التصرف من الغبن الذى يزيد على خمس القيمة قاصر على التصرفات الخاضعة لاستئذان المحكمة، وإذا كان عقد البيع الصادر من الولى الشرعى ببيع أطيان النزاع التى آلت للقاصر بطريق التبرع من أبيه - إلى المطعون ضدها الأولى غير مقيد بصدور اذن من المحكمة ابرامه، فان الحكم المطعون فيه إذ قضى بصحته ونفاذه لا يكون قد خالف القانون أو أخطأ فى تطبيقه.

(جلسة ١٩٨٠/٥/١٩ مجموع أحكام النقض السنة ٣١ ص١٤٣٩)

إشرافها، إذا كانت هذه الأموال قد ورثها القاصر من مورث أوصى بألا يتصرف ولى القاصر فى المال الموروث. أما إذا كانت الأموال قد آلت إلى القاصر من أبيه نفسه وعن طريق التبرع، فقد قضت المادة ١٣ بأنه يجوز للأب أن يتصرف فيها، ولو زادت قيمتها على ثلثمائة جنيه، بدون إذن المحكمة. ويخلص من هذه الأحكام أن الأب يجوز له أن يتصرف فى منقولات ابنه الصغير أياً كانت قيمتها بدون إذن المحكمة، إلا إذا كانت هذه المنقولات أوراقاً مالية أو محلا تجارياً ولم تكن قد آلت إلى القاصر من أبيه نفسه عن طريق التبرع فيجب إذن المحكمة إذا زادت قيمة هذه الأموال على ثلثمائة جنيه. ويجوز للأب أن يتصرف فى عقارات الصغير بدون إذن المحكمة، إذا كانت قيمتها لا تزيد على ثلثمائة جنيه، أو كانت قيمتها تزيد على هذا المبلغ ولكنها آلت إلى القاصر من أبيه نفسه عن طريق التبرع، وإلا فيجب إذن المحكمة. وفى جميع الأحوال، أى فى المنقولات والعقارات، يجب إذن المحكمة أياً كانت القيمة، إذا كانت هذه الأموال قد ورثها القاصر من مورث أوصى بألا يتصرف ولى القاصر فى المال الموروث(١). وحكم الشراء هو حكم البيع(1).

أما الجد فلا يجوز له التصرف فى مال القاصر إطلاقاً، عقاراً كان أو منقولا، وسواء كان التصرف بيعاً أو شراء، إلا باذن المحكمة (م١٥ من قانون الولاية على المال).

---

(١) وقبل قانون الولاية على المال وقانون المحاكم الحسبية، كانت أحكام الشريعة الرسلامية هى المتبعة. وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان الحكم إذ قضي ببطلان عقد بيع الأطيان المملوكة للقاصر والصادر من أبيه بصفته ولياً عليه إلى ابن آخر من زوجة أخرى قبل صدور قانون المحاكم الحسبية رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٧ قد أقام قضاءه على قوله: «... فالثابت من أقوال علماء الشرع وما جرت عليه أحكام المحاكم أن الأب إذا كان فاسد الرأى سيئ التدبير وباع مال ولده، فلا يصح هذا البيع إلا إذا كان بالخيرية وهى بالنسبة للعقار لا تكون إلا بضعف قيمته، فان باعه بأقل من الضعف لم يجز هذا البيع»، فهذا الذى أقام عليه الحكم قضاءه لا مخالفة فيه للقانون، وهو يتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية التى كانت واجبة الاتباع قبل صدور قانون المحاكم الحسبية (نقض مدنى ٧ يونية سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٩٩ ص٧١٤).

(1) أ– مفاد القيود الواردة فى المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ الذى نظم احكام الولاية على المال على حق الولى فى التصرف فى مال القاصر أو فى ادارة هذا المال سواء كانت هذه القيود قيود اشراف ورقابة أو حظر موضوعية لا تسرى على ما يكون الولى الاب قد تبرع به من مال للقاصر صريحا كان هذا التبرع أو مستترا ويكون للولى التصرف فى هذا المال بجميع التصرفات ومنها رهنه فى دين على الولى نفسه وذلك دون أى قيد على سلطته فى هذا الخصوص.

(جلسة ١٩٦٨/١٢/٣١ مجموعة أحكام النقض السنة ١٩ ص١٦٠٠)

(جلسة ١٩٨٠/٥/١٩ الطعن ٩٥٧ لسنة ٤٩ق مجموعة أحكام النقض السنة ٣١ ص١٤٣٩)

ب– المادة ٤٨٨ من القانون المدنى تجيز حصول الهبة تحت ستار عقد آخر، وهى تخضع فى شكلها للقواعد الخاصة بالعقد الذى سترها، والهبة المستترة فى صورة عقد بيع تصح متى كان العقد جامعا فى الظاهر لاركان البيع اللازمة لانعقاده، أى مذكوراً فيه الثمن بطريقة غير نافية لوجوده، وإذا كان الواقع فى الدعوى أن العقد استوفى ظاهريا الاركان القانونية لعقد البيع المنجز من بيع وثمن، وأنه صدر من الطاعن بصفته الشخصية إلى نفسه بصفته وليا شرعيا على اولاده المطعون عليهم وقت ان =

ولا يجوز للولى، أباً كان أو جداً، أن يتصرف فى عقار القاصر لنفسه (أو لزوجه أو لأقاربه أو لأقارب زوجه إلى الدرجة الرابعة) إلا بإذن المحكمة (م٧ قانون الولاية على المال). فإذا أذنت المحكمة جاز للأب أن يتعاقد مع نفسه، أما الجد فيلزمه أن يطلب تعيين وصى خاص (ad hoc) للتعاقد معه (م٣١ قانون الولاية على المال).

٥٠ – ولاية الوصى والقيم والوكيل عن الغائب فى البيع والشراء: وقد قضت المادة ٣٩ من قانون الولاية على المال بأنه لا يجوز للوصى التصرف فى أموال القاصر(1)، عقاراً كان المال أو منقولاً، وبيعاً كان التصرف أو شراء، إلا بإذن المحكمة. ولابد من إذن خاص فى ذلك إذا أراد الوصى شراء مال القاصر لنفسه أو بيع ماله القاصر، ويطلب تعيين وصى خاص (ad hoc) للتعاقد معه (م٣١ قانون الولاية على المال). وتسرى هذه الأحكام على القيم والوكيل عن الغائب (م٧٨ قانون الولاية على المال)(١).

=كانوا قصرا، وكانت المادة ٤٨٧ من القانون المدنى تجيز للولى الشرعى ان ينوب عن الموهوب له فى الهبة ولو كان هو الواهب فيكون له أن يتعاقد مع نفسه، فان التصرف المعقود باعتباره هبة مستترة فى صورة البيع تكون قد توافرت له شرائط الصحة.

(جلسة ١٩٧٩/٣/١٤ مجموعة أحكام النقض السنة ٣٠ ص٧٨٦ ع١)

(١) وحيث لا يجوز التصرف الصادر من الولى أو الوصى أو القيم أو الوكيل عن الغائب إلا بإذن المحكمة، فإن التصرف قبل إذن المحكمة يكون موقوفاً على شرط هو صدور إذن المحكمة، فإن صدر الإذن نفذ التصرف من وقت إبرامه، وإلا فإنه يسقط (الأستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ١١٧ ص١٦٧– محكمة شبين الكوم الكلية ٩ مارس سنة ١٩٥٢ المحاماة ٣٢ رقم ٤٨٨ ص١٤٦٢). ومع ذلك فقد ذهبت محكمة النقض إلى أن التصرف يكون باطلا بطلاناً نسبياً ويصححه إذن المحكمة (نقض مدنى ١٦ يونيه سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٥٩ ص١٣٢). وذهبت محكمة استئناف مصر إلى أن التصرف يكون باطلا بطلاناً مطلقاً فلا تصححه الإجازة (٢ فبراير سنة ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٢٦ رقم ٣٤ – ٤ نوفمبر سنة ١٩٤٤ المجموعة الرسمية٤٤ رقم ١٠٧). ويذهب الأستاذ سليمان مرقس إلى أن التصرف يكون صحيحا غير نافذ وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية، ويستند فى ذلك إلى المذكرة الإيضاحية لقانون الولاية على المال فهى تجعل التصرف «غير نافذ فى حق الصغير لانتفاء النيابة» (أنظر الأستاذ سليمان مرقس فى البيع فقرة ١٣٨ ص١٩٢). وعبارة المذكرة الإيضاحية غير صريحة فى إدخال نظام العقود الصحيحة غير النافذة وهو النظام المعروف فى الفقه الإسلامى فى قانون الولاية على المال، ولعل المذكرة الإيضاحية تقصد أن التصرف لا يجوز الاحتجاج به (inopposable) على الصغير لمجاوزة النائب حدود الولاية.

(1) أ– موافقه محكمة الأحوال الشخصية للولاية على المال على ما ابرمه الوصى من بيع عقار القاصر يجعل هذا العقد صحيحا نافذا بين طرفيه فلا يملك أيهما التحلل منه بارادته المنفردة، وأنما يتم انحلاله باتفاقهما رضاء أو بصدور حكم قضائى بينهما بذلك، ومن ثم لا يكون لقرار محكمة الأحوال الشخصية للولاية على المال اللاحق بالعدول عما كانت قد وافقت عليه من أثر على العقد الذى سبق أن انعقد صحيحا بناء على هذه الموافقة.

(جلسة ١٩٨٣/١١/١٠ الطعن ١٦٤٠ لسنة ٤٩ق)

ب– إذا كانت الوصية حين تصرفت ببيع الاطيان المملوكة للطاعنة انما كان ذلك باعتبارها نائبه عنها نيابة قانونية تحل فيها ارادتها محل ارادة الأصيل – القاصر – مع انصراف الاثر القانونى لهذه=

على أن هناك ضروباً من البيع والشراء تلحق بأعمال الإدارة، فهذه يجوز أن يباشرها الوصى والقيم والوكيل عن الغائب دون حاجة إلى الحصول على إذن المحكمة، وذلك كبيع الحاصلات المملوكة للقاصر أو شراء ما يلزم القاصر لزراعة أرضه.

٥١ – ولاية الحارس القضائى: يعين الحارس القضائى على المال فى حالات معينة، أهمها أن يكون المال قد قام فى شأنه نزاع أو كان الحق فيه غير ثابت أو كان صاحب المصلحة فيه قد تجمع لديه من الأسباب المعقولة ما يخشى معه خطراً عاجلا من بقاء المال تحت يد حائزه (م٧٢٩ – ٧٣٠ مدنى).

ويعين الحارس باتفاق ذوى الشأن جميعاً، وإلا تولى القاضى تعيينه (م٧٣٢ مدنى).

ويحدد الاتفاق أو الحكم القاضى بالحراسة مدى ولاية الحارس (م٧٣٣ مدنى)، فإذا لم يحدد مدى هذه الولاية باشر الحارس جميع أعمال الإدارة بدون حاجة إلى إذن المحكمة، أما أعمال التصرف، ومنها البيع والشراء، فلابد فيها من الإذن (م٧٣٥ مدنى)، وذلك ما لم يكن البيع أو الشراء ملحقاً بأعمال الإدارة كبيع الحاصلات وشراء ما يلزم للزراعة فتجوز مباشرة هذه التصرفات دون حاجة إلى الحصول على إذن.

٢ – بيع النائب لنفسه

٥٢ – القاعدة العامة: رأينا فى الجزء الأول من الوسيط[1] أن المادة ١٠٨ مدنى تنص على أنه «لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه، سواء أكان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر، دون ترخيص من الأصيل. على أنه يجوز للأصيل فى هذه الحالة أن يجيز التعاقد. كل هذا مع مراعاة ما يخالفه مما يقضى به القانون أو قواعد التجارة». ويتبين من هذا النص أنه لا يجوز للنائب عن البائع أن يبيع الشئ من نفسه أو من شخص آخر هو نائب عنه أيضاً، كما لا يجوز للنائب عن المشترى أن يبيع مال نفسه أو مال شخص هو نائب عنه أيضاً من المشترى الذى هو نائب عنه.

ذلك أن النائب يتحكم بارادته وحده فى مصلحتين متعارضتين. والتعارض، فى حالة ما إذا كان النائب ينوب عن المتبايعين معاً، لم يحسب حسابه أحد من الأصليين. وهو، فى

= الارادة إلى هذا الأخير كما لو كانت قد صدرت منه.
(جلسة ١٩٨٠/١٢/١٦ الطعن رقم ١٢٠٧ لسنة ٤٩ق)

جـ– إذا كان الحكم المطعون فيه قد اعتبر عقد المقايضة الذى عقدته الوصية بدون اذن المحكمة الحسبية هو عقد باطل بطلانا نسبيا يصح باجازة القاصر بعد بلوغه سن الرشد وجعل الاجازة تستند إلى التاريخ الذى تم فيه العقد فأنه يكون قد طبق القانون على وجه الصحيح.
(جلسة ١٩٦٥/١/٢١ مجموعة أحكام النقض ١ لسنة ١٦ ص٧٣)

(١) الوسيط ١ فقرة ٩٧.

حالة ما إذا كان النائب ينوب عن أحد المتبايعين مع أصالته عن نفسه، تعارض مع مصلحته الشخصية ذاتها، فلا تتيسر الحماية الواجبة لمصلحة الأصيل فى كلتا الحالتين.

٥٣ – تطبيقات خاصة فى بيع النائب لنفسه – النصوص القانونية: وقد وردت تطبيقات خاصة لهذا المبدأ العام فى عقد البيع، تحت عنوان بيع النائب لنفسه، فى المواد ٤٧٩ – ٤٨١ مدنى[1].

فنصت المادة ٤٧٩ مدنى على أنه «لا يجوز لمن ينوب عن غيره بمقتضى اتفاق أو نص أو أمر من السلطات المختصة أن يشترى لنفسه، مباشرة أو باسم مستعار، ولو بطريق المزاد العلنى، ما نيط به بيعه بموجب هذه النيابة، ما لم يكن ذلك باذن القضاء ومع عدم الإخلال بما يكون منصوصاً عليه فى قوانين أخرى». ونصت المادة ٤٨٠ مدنى على أنه «لا يجوز للسماسرة ولا للخبراء أن يشتروا الأموال المعهود إليهم فى بيعها أو فى تقدير قيمتها، سواء أكان الشراء بأسمائهم أم باسم مستعار». ونصت المادة ٤٨١ مدنى على أنه «يصح العقد فى الأحوال المنصوص عليها فى المادتين السابقتين إذا أجازه من تم البيع لحسابه»[2].

---

(١) هذا عدا ما ورد فى قانون الولاية على المال من عدم جواز تصرف الأب أو الجد فى عقار الصغير لنفسه وعدم جواز تصرف الوصى والقيم والوكيل عن الغائب فى مال المحجور لنفسه، وذلك كله ما لم يصدر إذن من المحكمة يجيز التصرف، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك (أنظر آنفاً فقرة ٤٩ وفقرة ٥٠)، وسنعود إليه فيما يلى (أنظر فقرة ٥٤).

(٢) **تاريخ النصوص:**

م٤٧٩: ورد هذا النص فى المادة ٦٤٦ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى: «لا يجوز البيع فى الأحوال الآتية، حتى لو كان البيع بالمزاد، وسواء عقد المشترى الصفقة باسمه أو باسم مستعار: (أ) إذا كان المشترى وصياً أو قيماً أو نائباً عن غيره بحكم القانون، واشترى مال من هو نائب عنه. (ب) إذا كان المشترى وكيلا بالبيع، واشترى المال الموكل ببيعه. (جـ) إذا كان المشترى منوطاً به إدارة عين أو كان موظفاً عاماً، واشترى المال المعهود إليه فى بيعه أو المال الذى يجب أن يتم بيعه على يده. (د) إذا كان المشترى سنديكاً أو حارساً مصفياً، واشترى مال التفليسة أو مال المدين المعسر. (هـ) إذا كان المشترى مصفياً لشركة أو لتركة، واشترى المال الذى يصفيه. كل هذا ما لم يصدر إذن من القضاء فى البيع، وكل هذا دون إخلال بما ينص عليه قانون الأحوال الشخصية من أحكام. وفى لجنة المراجعة عدل النص بحيث أصبح متفقاً مع ما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد، فيما عدا العبارة الأخيرة حيث كانت: «مع عدم الإخلال بما يكون منصوصاً عليه فى القوانين الخاصة». وأصبحت المادة رقمها ٥٠٦ فى المشروع النهائى. ووافق عليها مجلس النواب. وعدلت لجنة الشيوخ عبارة «القوانين الخاصة» بعبارة «قوانين أخرى» ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنته تحت رقم ٤٧٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية٤ فقرة ٢٢٣ ص٢٢٥).

م٤٨٠: ورد هذا النص فى المادة ٦٤٧ من المشروع التمهيدى على الوجه الذى استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد. ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٥٠٧ من المشروع النهائى، فمجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٨٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية٤ ص٢٢٦– ص٢٢٧).

م٤٨١: ورد هذا النص فى المادة ٦٤٨ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى: «١– على أنه يجوز فى الأحوال المنصوص عليها فى المادتين السابقتين، أن يجيز العقد من تم البيع لحسابه، إذا توافرت=

ويقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق المادة ٣٢٥/٢٥٨[١].

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى: في التقنين المدني السوري المواد ٤٤٧- ٤٤٩. وفي التقنين المدني الليبي المواد ٤٦٨ - ٤٧٠ - وفي التقنين المدني العراقي المواد ٥٨٨- ٥٩٢- وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المواد ٣٧٨- ٣٧٩ و٣٨١[٢].

= وقت الإجازة الأهلية الواجبة. ٢- فإذا رفض إجازة العقد، وبيع المال من جديد، تحمل المشترى الأول مصروفات البيع الثاني وما عسى أن يكون قد نقص من قيمة المبيع». وفي لجنة المراجعة حذفت الفقرة الثانية لأن حكمها مستفاد من القواعد العامة، وعدلت الفقرة الأولى بحيث أصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد، وأصبح رقمه ٥٠٨ في المشروع النهائي. ووافق عليه مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٨١ (مجموعة الأعمال التحضيرية٤ ص٢٢٧ وص٢٣١).

(١) **التقنين المدني السابق م٣٢٥/٢٥٨**: لا يجوز لمن يقوم مقام غيره بوجه شرعي كالأوصياء والأولياء، ولا للوكلاء المقامين من موكليهم، أن يشتروا الشئ المنوط بهم بيعه بالصفات المذكورة. فإذا حصل الشراء منهم، جاز التصديق على البيع من مالك المبيع إذا كان فيه أهلية التصرف وقت التصديق.

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في معرض الموازنة بين التقنين المدني الجديد والتقنين المدني السابق ما يأتي: «زيد (في التقنين الجديد) على النواب السماسرة والخبراء في الأموال المعهود إليهم في بيعها أو تقدير قيمتها، لأن حكمة المنع فيهم متوافرة: م٦٤٧ من المشروع وقد نقلت عن التقنين التونسي م٥٦٩ - نص المشرع صراحة على أن البيع ممنوع ولو كان بالمزاد أو كان باسم مستعار، والنص على الحالة الأولى يزيل لبساً، وعلى الحالة الثانية يواجه أمراً كثير الوقوع - أجاز المشروع تصحيح البيع. لا بإجازة من تم البيع لحسابه فحسب، بل كذلك بإذن القضاء في البيع قبل حصوله، كالوصي يستأذن المجلس الحسبي» (مجموعة الأعمال التحضيرية، ص٢٢٩- ص٢٣٠).

(٢) **التقنينات المدنية العربية الأخرى**: التقنين المدني السوري م٤٤٧ - ٤٤٩ (مطابقة للمواد ٤٧٩- ٤٨١ من التقنين المدني المصري). وانظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٣٠٤ - فقرة ٣٠٩.

التقنين المدني الليبي م٤٦٨ - ٤٧٠ (مطابقة للمواد ٤٧٩- ٤٨١ من التقنين المدني المصري).

التقنين المدني العراقي م٥٨٨: ١- يجوز للأب الذي له ولاية على ولده أن يبيع ماله لولده وله أن يشتري مال ولده لنفسه، يعتبر كل من الثمن والمبيع مقبوضين بمجرد العقد. ٣- والجد كالأب في الحكم.

م٥٨٩: لا يجوز للوصي المنصوب أو للقيم المقام من قبل المحكمة أن يبيع مال نفسه للمحجور، ولا أن يشتري لنفسه شيئاً من مال المحجور مطلقاً، سواء أكان في ذلك خير للمحجور أم لا.

م٥٩٠: ١- لا يجوز للوصي المختار من قبل الأب أو الجد أن يبيع مال نفسه لليتيم، ولا أن يشتري لنفسه شيئاً من مال اليتيم، إلا إذا كان في ذلك خير لليتيم وبإذن من المحكمة. ٢- والخيرية هي أن يبيع لليتيم بأقل من ثمن المثل أو أن يشتري منه بأكثر من ثمن المثل، على وجه يكون فيه لليتيم مصلحة ظاهرة.

م٥٩١: لا يجوز للقاضي أن يبيع ماله للمحجور ولا أن يشتري مال المحجور لنفسه.

م٥٩٢: ١- ليس للوكلاء أن يشتروا الأموال الموكلين هم ببيعها وليس لمديري الشركات ومن في حكمهم ولا الموظفين أن يشتروا الأموال المكلفين هم ببيعها أو التي يكون بيعها على يدهم. وليس لوكلاء التفاليس ولا للحراس المصفين أن يشتروا أموال التفليسة ولا أموال المدين المعسر. وليس لمصفي الشركات والتركات أن يشتروا الأموال التي يصفونها، وليس للسماسرة ولا للخبراء أن يشتروا الأموال =

٥٤- الأشخاص الذين لا يجوز لهم الشراء: ويخلص من النصوص المتقدمة الذكر أن من كان نائباً عن غيره في بيع مال هذا الغير لا يجوز له شراء هذا المال لنفسه، لتعارض مصلحته الشخصية باعتباره مشترياً مع مصلحة من ينوب عنه باعتباره بائعاً، وقد تقدم ذكر ذلك.

والنيابة في بيع مال الغير قد تأتي من اتفاق، وهذه هي الوكالة. فمن وكل في بيع مال لا يجوز له أن يشتريه لنفسه مباشرة أو باسم مستعار، كأن يشتريه لزوجه أو لولد له أو لأحد ممن يمت له بصلة ويكون هذا المشتري في الواقع من الأمر مسخراً من النائب. وكون النائب اشترى لنفسه باسم مستعار مسألة واقع يقدرها قاضي الموضوع، ولا معقب على تقديره في ذلك من محكمة النقض، ويجوز إثباتها بجميع الطرق لأنها واقعة مادية[١]. وقد وضع تقنين الموجبات والعقود اللبناني قرينة قانونية على الاسم المستعار، فقضى في المادة ٣٨١ منه بأن الزوجة والأولاد يعدون أشخاصاً مستعارين، فتصبح هذه القرينة من مسائل القانون في هذا التقنين. والشراء محظور على النائب كما قدمنا،

=المعهود إليهم في بيعها أو في تقدير قيمتها. وليس لواحد من هؤلاء أن يشتري، ولو بطريق المزاد العلني، لا بنفسه ولا باسم مستعار، ما هو محظور عليه شراؤه. ٢- على أن الشراء في الأحوال المنصوص عليها في الفقرة السابقة يصح إذا أجازه من تم البيع لحسابه، متى كان وقت الإجازة حائزاً للأهلية الواجبة. أما إذا لم يجزه وبيع المال من جديد، تحمل المشترى الأول مصروفات البيع الثاني وما عسى أن يكون قد نقص من قيمة المبيع. (وأحكام التقنين العراقي تقرب في مجموعها من أحكام التقنين المصري، فيما عدا أن التقنين العراقي نقل أحكام الفقه الإسلامي في بيع الولي والوصي والقاضي ما لهم للمحجور وشرائهم لمال المحجور، وفيما عدا أن التقنين العراقي في المادة ٥٩٢ أفاض في تعداد الوكلاء ومن لهم صفة النيابة عن الغير على النحو الذي كان عليه المشروع التمهيدي للتقنين المصري - أنظر الأستاذ حسن الذنون في البيع في القانون العراقي فقرة ٣٤٠ - فقرة ٣٥٣، وفي أن الجزاء على المنع في القانون العراقي أن يكون العقد موقوفاً فقرة ٣٥٣).

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م٣٧٨: إن الأشخاص المشار إليهم فيما يلي لا يجوز لهم الشراء لا بأنفسهم ولا بواسطة أشخاص مستعارين ولو كان الشراء بالمزايدة، إلا إذا كان بأيديهم ترخيص من القضاء، وإذا فعلوا كان عقد الشراء باطلا. أولا - لا يجوز لوكلاء البيع شراء الأموال التي عهد إليهم في بيعها. ثانياً- لا يجوز لمتولي الإدارة العامة شراء أموال الدولة ولا أموال القرى ولا أموال المعاهد العامة التي فوض إليهم أمر الاعتناء بها. ثالثاً- لا يجوز للمأمورين الرسميين شراء الأموال المعهود إليهم في بيعها. رابعاً- لا يجوز للأب أو الأم، ولا للوصي أو القيم أو المشرف القضائي أو الولي الموقت، شراء أموال الأشخاص الذين يمثلونهم أو يشرفون عليهم.

م٣٧٩: لا يجوز للسماسرة ولا للخبراء أن يشتروا بأنفسهم أو بواسطة غيرهم الأموال والحقوق والديون التي عهد إليهم في بيعها أو تخمينها، ولا أن يقايضوا بها أو يرتهنوها.

م٣٨١: إن زوجات الأشخاص المتقدم ذكرهم وأولادهم وإن كانوا راشدين يعدون أشخاصاً مستعارين في الأحوال المنصوص عليها في المواد السابقة.

(وأحكام التقنين اللبناني تتفق في مجموعها مع أحكام التقنين المصري).

(١) أنظر في كون النائب اشترى باسم مستعار يعتبر من مسائل الواقع لا من مسائل للقانون أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥١ هامش ١٧ — بودري وسينيا فقرة ٢٥٢- بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٥٨.

ويستوى أن يكون الشراء بالممارسة أو فى المزاد العلنى. فلو وكل شخص فى بيع مال للغير بالمزاد العلنى، فانه لا يجوز له أن يدخل مزايداً لشراء هذا المال، فلا تزال مصلحته الشخصية متعارضة مع مصلحة موكله[1].

ويلحق بالوكيل من نيطت به إدارة عين واشترى المال الذى يجب أن يتم بيعه على يده، ومن عين مصفياً لتركة أو لشركة واشترى المال الذى يصفيه[2].

وقد تأتى النيابة فى بيع مال الغير عن طريق نص فى القانون، وذلك كالولى، فلا يجوز له أن يشترى مال الصغير لنفسه، لا باسمه ولا باسم مستعار، ولو كان الشراء فى المزاد العلنى، وهذا ما يقع غالباً فى بيع أموال المحجورين، إلا إذا كان القانون يرخص فى ذلك. وقد قدمنا أنه يجوز للولى شراء عقار الصغير لنفسه، بشرط الحصول على إذن من المحكمة فى ذلك[3].

وقد تأتى النيابة فى بيع مال الغير عن طريق أمر من السلطات المختصة. فالوصى والقيم والوكيل عن النائب وأمين التفليسة والحارس القضائى، كل هؤلاء ينوبون عن غيرهم فى بيع المال بموجب أمر من السلطة القضائية. والموظف العام قد ينوب عن الدولة فى بيع

---

(١) وكانت هذه المسألة مختلفاً عليها فى عهد التقنين المدنى السابق، فحسم التقنين المدنى الجديد هذا الخلاف بنص صريح. انظر فى جواز دخول النائب فى المزايدة فى عهد التقنين المدنى السابق الأستاذ عبد الحميد أبو هيف فى طرق التنفيذ فقرة ٨٥٥ – فقرة ٨٥٦، وفى عدم جواز ذلك جرانمولان فقرة ٥٨– دى هلتس ٤ لفظ Vente فقرة ٥٦ – الأستاذين أحمد قمحة وعبد الفتاح السيد فى التنفيذ فقرة ٦٦١ – الأستاذ محمد حلمى عيسى فقرة ٩٢٠ – الأستاذين أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ٢٣٨. وأنصار جواز دخول النائب فى المزايدة كانوا يقصدون البيع بالمزاد الجبرى دون المزاد الاختيارى، ففى البيع الجبرى لا يعتبر الوكيل منوطا بالبيع، وهو بيع يجب فيه اتباع إجراءات من شأنها أن تحفظ حق المالك المدين. وكان يوجد اتفاق على أن الوصى يجوز له أن يدخل مزايداً فى شراء ملك إذا تحققت له مصلحة مشروعة فى ذلك، كأن يكون شريكا على الشيوع مع القاصر وتباع العين المشتركة لعدم إمكان قسمتها عيناً، فله أن يزايد، وإذا رسا عليه المزاد لم يعتبر مشتريا من القاصر لأن القسمة كاشفة، وكأن يكون الوصى دائناً مرتهناً، فله أن يدخل مزايداً فى بيع عقار القاصر ومصلحته هنا متفقة مع مصلحة القاصر فى أن كلا منهما يريد أن يبلغ ثمن العقار أعلى حد (بلانيول وريبير ٢ فقرة ٥٤ – كولان وكابيتان ٢ ص٤٨٧– الأستاذ محمد حلمى عيسى فقرة ٩٢١ – الأستاذان أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ٢٣٧).

ويبدو أن النائب فى البيع إذا باع العقار المنوط به بيعه لم يجز له، إذا كان شفيعاً فى هذا العقار، أن يأخذه بالشفعة. فإن الشفيع يعتبر مشترياً إذ هو يحل محل المشترى، ولجواز أن يتساهل مع المشترى فى شروط البيع حتى يشفع فى العقار بنفس الشروط. يضاف إلى ذلك، بالنسبة إلى النائب إذا كان وكيلا، أن قبوله للوكالة فى بيع العقار ينطوى على نزول ضمنى منه عن حقه فى أخذ العقار بالشفعة. وقد كان هذا هو الرأى المعمول به فى الفقه فى عهد التقنين المدنى السابق (دى هلتس ٤ لفظ Vente فقرة ٦٢– الأستاذان أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ٢٣٥ فى الهامش).

(٢) أنظر المشروع التمهيدى للمادة ٤٧٩ مدنى (آنفاً فقرة ٥٣ فى الهامش).

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٤٩.

أموالها بموجب أمر من السلطة الإدارية. فلا يجوز لأحد من هؤلاء أن يشترى المال المعهود إليه فى بيعه، لا باسمه ولا باسم مستعار، ولو كان الشراء فى مزاد علنى. وقد قدمنا أن الوصى والقيم والوكيل عن الغائب يجوز لهم باذن خاص من المحكمة، أن يشتروا أموال محجوريهم[1].

كذلك لا يجوز للسمسار، إذا عهد إليه شخص فى بيع مال له، أن يشترى هذا المال لنفسه[2]. ذلك أن السمسار إما أن يكون عنده توكيل بالبيع، فيصبح وكيلا ويمنع ككل وكيل من شراء ما وكل فى بيعه. وإما ألا يكون عنده توكيل، فعند ذلك لا يكفى رضاؤه بشراء الشئ لنفسه بل يجب قبول المالك، وفى هذا إذن يجعل الشراء جائزاً. ومثل السمسار الخبير الذى يعهد إليه فى تقويم شئ، لا يجوز له أن يشتريه لنفسه، لتعارض المصلحة إذ أن ذلك يحمله على أن يبخس تقويم الشئ، حتى ينتفع هو من بخس الثمن[3]. والخبير كالسمسار، إما أن يكون عنده توكيل فيكون حكمه حكم الوكيل لا يجوز له شراء الشئ لنفسه، وإما ألا يكون عنده توكيل فلابد فى هذه الحالة من قبول المالك. والسمسار والخبير ممنوعان من شراء المال ولو بيع فى المزاد العلنى، سواء كان الشراء باسمهما أو باسم مستعار[4].

٥٥– الجزاء على المنع من الشراء: وليس الأشخاص الذين قدمنا ذكرهم ممنوعين من الشراء لنقص فى أهليتهم، فنقص الأهلية شئ، والمنع من الشراء شئ آخر. وإنما المنع قد قام بسبب تعارض المصلحة كما قدمنا.

وقد ذكرنا فى الجزء الأول من الوسيط[5] أن هناك رأياً يذهب إلى أن تعاقد الشخص مع نفسه – ومن ثم شراء النائب للمال المعهود إليه فى بيعه – قابل للإبطال لمصلحة الأصيل، ولذلك ترد عليه الإجازة. وقد أخذت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى بهذا الرأى، إذ جاء فيها: «ولهذه العلة اعتبر تعاقد الشخص مع نفسه قابلا للبطلان لمصلحة الأصيل... ومن الواضح أن البطلان المقرر فى هذا الشأن قد أنشئ بمقتضى نص خاص[6]». وجاء فى نفس المذكرة الإيضاحية فى صدد بيع النائب لنفسه: «أجاز المشروع

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ٥٠.

(٢) وكذلك من عهد إليه فى بيع قطن وعجل جزءاً من الثمن لا يجوز له أن يشترى القطن لنفسه (استئناف مختلط ٩ ديسمبر سنة ١٩٢٥ م٣٨ ص٨٧).

(٣) الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٣.

(٤) تنص المادة ٣١١ من قانون المرافعات (تقابلها المادة ٦٦٧ من قانون المرافعات الملغى) على أن «لا يجوز للمدين، ولا للقضاه الذين نظروا بأى وجه من الوجوه إجراءات التنفيذ أو المسائل المتفرعة عنها، ولا للمحامين الوكلاء عن مباشر الإجراءات أو المدين، أن يتقدموا للمزايدة بأنفسهم أو بطريق تسخير غيرهم، وإلا كان البيع باطلا».

(٥) الوسيط جزء أول فقرة ٩٧ ص٢٠٤ – ص٢٠٥.

(٦) مجموعة الأعمال التحضيرية٢ ص١٠٦.

تصحيح البيع – وهو باطل بطلاناً نسبياً لمصلحة البائع وقد قرر البطلان نص خاص لعلة تعارض المصلحة – لا باجازة من تم البيع لحسابه فحسب، بل كذلك باذن القضاء في البيع قبل حصوله كالوصي يستأذن دائرة الاحوال الشخصية ولاية على المال[1].

والصحيح أن تحريم بيع النائب لنفسه إنما يقوم على قرينة قانونية هي أن الأصيل عندما أناب النائب في بيع ماله لم يدخل في هذه الإنابة أن يكون المناب هو المشترى سواء لنفسه أو بالنيابة عن غيره، وإلا لكان قد باع له مباشرة دون حاجة إلى إنابته في البيع. فإذا ما باع النائب المال لنفسه، سواء باعتباره أصيلا في الشراء أو باعتباره نائباً عن غيره فيه، يكون قد جاوز حدود نيابته، فلا ينفذ تصرفه في حق الأصيل إلا إذا أجازه هذا[2].

ويترتب على هذا التكييف النتائج الآتية:

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية٤ ص٢٣٠ – وهذا هو أيضاً ما يذهب إليه الفقه الفرنسي بوجه عام (أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥١ ص٣٤ – بودرى وسينيا فقرة ٢٥٠ وفقرة ٢٥٤– بلانيول وريبير وهامل ٦٠ فقرة ٥٨).

(٢) وقد سبق أن قلنا بهذا الرأى في الوسيط جزء أول فقرة ٩٧– والفقه في مصر قريب من هذا الرأى. فيذهب الأستاذ أنور سلطان (فقرة ٤٥٧) إلى أن جزاء المنع من الشراء يجب أن يتلمس في القواعد الخاصة بالنيابة، لا القواعد الخاصة بالبطلان، ومن مقتضى القواعد الخاصة بالنيابة أن عمل النائب لا ينفذ في حق الأصيل إلا إذا تم في حدود نيابته. ولكنه يقول بعد ذلك: «فإذا منع المشرع النائب من مباشرة عمل ما، وخالف النائب هذا المنع، فيعتبر أنه قد تعاقد خارج نطاق نيابته، ولذا لا ينفذ تعاقده في حق الأصيل إلا إذا أقره» (ص٤٣٤). وهذا صحيح فيما يتعلق بالنيابة القانونية والنيابة القضائية. أما في النيابة الاتفاقية، فالمشرع لم يتدخل لتحديد مدى النيابة، بل الاتفاق هو الذى حدد هذا المدى: ولم يدخل فيه أن يشترى النائب لنفسه، ومن هنا جاءت مجاوزة النائب لحدود النيابة، فالمنع في النيابة الاتفاقية مؤسس على إرادة الأصيل على نص المشروع.
وانظر في هذا المعنى الذى يذهب إليه الأستاذ أنور سلطان الأستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ١٢٣. ويذهب الأستاذ سليمان مرقس (فقرة ١٣٧) إلى أن النائب جاوز حدود النيابة في أنه لم يبع بأعلى ثمن ممكن. أنظر أيضاً الأستاذ جميل الشرقاوى في نظرية بطلان التصرف فقرة ٨٩، وفي عقد البيع فقرة ١٦. وفي رأينا أن النائب جاوز حدود الوكالة في أنه اشترى لنفسه، أياً كان الثمن الذى اشترى به.
ويذهب الأستاذ منصور مصطفى منصور (فقرة ١٣٤ ص٣٠٣ – ص٣٠٤) إلى ما ذهبنا إليه من أن النائب يجاوز حدود النيابة إذا اشترى لنفسه، فلابد من إجازة الأصيل. ثم يقول إن الشراء قبل الإجازة يكون عقداً موقوفاً، على غرار العقد الموقوف في الفقه الإسلامي، وإجازة الأصيل تجعله ينفذ. وملاحظتنا على هذا الرأى أنه لما كان العقد الموقوف غير معروف في الفقه الغربي، فقد لجأنا إلى تكييف آخر في الحالة التي يجاوز فيها الوكيل حدود الوكالة، ويقتضي الأمر إقرار الموكل، فقلنا في الجزء الأول من الوسيط (فقرة ٨٩ ص١٩٨ هامش رقم ٢): «فلو كان النائب وكيلا وجاوز حدود الوكالة، جاز القول إنه نصب نفسه وكيلا بإرادته المنفردة فيما جاوز فيه حدود الوكالة، على أن يقره الموكل بعد ذلك. ويكون مصدر النيابة في هذه الحالة هو القانون، فقد جعل الوكيل – بناء على إرادته – نائباً فيما يجاوز حدود الوكالة. والنيابة هنا ليست منجزة، بل هي معلقة على شرط موقف هو أن يصدر إقرار من الموكل». وليس من شك في أن نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي هي أكثر ملاءمة لتكييف الوضع الذى نحن بصدده، لو أمكن إدخالها عن طريق الاجتهاد في الفقه =

١– أن الأصيل إذا أدخل في حسابه جواز أن يشترى النائب المال لنفسه، فأذن له في ذلك قبل الشراء، جاز شراؤه، إذ يكون التصرف قد دخل في حدود النيابة، (أنظر المادة ١٠٨ مدنى).

٢– وإذا لم يأذن الأصيل مقدماً في الشراء، فله أن يجيز الشراء بعد تمامه، إذ الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة. وبهذا تقضى صراحة المادة ٤٨١ مدنى إذ تنص على أنه «يصح العقد في الأحوال المنصوص عليها في المادتين السابقتين إذا أجازه من تم البيع لحسابه».

٣– وإذا كانت النيابة قانونية أو قضائية، كنيابة الولى أو الوصى أو القيم، فالقانون هو الذى يتولى بنفسه رسم حدود النيابة. فتارة يجيز بيع النائب لنفسه دون إذن كما فعل في حالة الولى عندما يشترى منقول الصغير لنفسه، وطوراً يستوجب إذن المحكمة كما فعل في حالة الولى عندما يشترى عقار الصغير وفي حالة الوصى والقيم والوكيل عن الغائب عندما يشترى مال المحجور[1]. وإلى هذا تشير المادة ٤٧٩ مدنى عندما تقول في عبارتها الأخيرة: «ما لم يكن ذلك باذن القضاء ومع عدم الإخلال بما يكون منصوصاً عليه في قوانين أخرى»، ومن هذه القوانين الأخرى قانون الولاية على المال وقد سبق بيان أحكامه في هذا الصدد[2].

=المصرى. وقد منع المشرع المصرى إدخالها في أهم تطبيق من تطبيقاتها وهو بيع ملك الغير، إذ أورد نصاً صريحاً في أن هذا البيع قابل للإبطال، وكان الأولى أن يكون عقداً موقوفاً – وسنعود إلى هذه المسألة عند الكلام في بيع ملك الغير (أنظر ما يلى فقرة ١٦٤).

(١) وقد قدمنا أن الفقه في فرنسا، وفي مصر في عهد التقنين المدنى السابق، يذهب إلى أن للوصى شراء مال القاصر إذا كانت له حقوق من قبل على هذا المال، وكان القصد من شرائها هو المحافظة على هذه الحقوق، كما لو كان الوصى شريكاً في الشيوع مع القاصر أو دائناً مرتهناً له، وبيعت العين بالمزاد العلنى لعدم إمكان قسمتها عيناً أو لتنفيذ على العين المرهونة (أنظر آنفاً فقرة ٥٤ في الهامش. وانظر أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥١ ص٣١ – ص٣٢– بودرى وسينيا فقرة ٢٢٣ – فقرة ٢٣٤ – بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٥٤ – بلانيول وريبير ٢ فقرة ٥٤ – كولان وكابيتان ٢ ص٤٨٧ – الأستاذ محمد حلمى عيسى فقرة ٩٢١– الأستاذين أحمد نجيب الهلالي وحامد زكى فقرة ٢٣٧). وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة في عهد التقنين المدنى السابق بأن تحريم شراء النائب للشئ الذى نيط به بيعه لا يسرى في البيوع القضائية إذ هي محوطة بالضمانات الكافية (٢٠ مايو سنة ١٩٤٧ م٥٩ ص٢٢٣). أما في عهد التقنين المدنى الجديد حيث ورد نص صريح في تحريم شراء النائب لنفسه ولو كان ذلك بالمزاد العلنى، فيبدو أنه لا يجوز للوصى شراء مال القاصر، حتى لو قصد المحافظة على حقوقه واشترى في مزاد علنى، من غير إذن المحكمة (الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٥٦ – الأستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ١٢٢ – الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٢ ص٢٩٩ – ص٣٠٠).

(٢) ويستثنى أيضاً ما تقضى به قواعد التجارة (أنظر المادة ١٠٨ مدنى)، وذلك كما في الوكيل بالعمولة. وقد قضت محكمة النقض بأنه يجوز للوكيل بالعمولة أن يتعاقد مع نفسه (نقض مدنى ٢٨ يونيه سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ١٠٨ ص٧٦٧).

المبحث الثاني

شروط الصحة

٥٦- الاهلية وعيوب الارادة: بعد أن فرغنا من شروط انعقاد البيع، ننتقل إلى شروط صحته. وشروط صحة البيع هي شروط صحة أى عقد: توافر الأهلية الواجبة وسلامة الرضا من عيوب الإرادة. فنتكلم إذن فى: (١) الأهلية فى عقد البيع (٢) وعيوب الرضا فى عقد البيع.

المطلب الأول

الأهلية فى عقد البيع

٥٧- تمييز الاهلية عما يلتبس بها من النظم: قدمنا فى الجزء الأول من الوسيط(١) أن الأهلية تلتبس بغيرها من النظم، وكثيراً ما تختلط بها. فيحسن تمييز الأهلية تمييزاً دقيقاً عن غيرها.

الأهلية مناطها التمييز، لأن الإرادة لا تصدر إلا عن تمييز، فمن كان كامل التمييز كان كامل الأهلية، ومن نقص تمييزه نقصت أهليته، ومن كان عديم التمييز كان عديمَ الأهلية.

والأهلية غير الولاية على المال. فالولاية على المال هى نفاذ التصرف على مال الغير، كنفاذ تصرف الولى والوصى على مال المحجور. ومن ثم تكون الولاية صلاحية بالنسبة إلى مال الغير، أما الأهلية فصلاحية بالنسبة إلى مال الشخص نفسه.

والأهلية غير عدم قابلية المال للتصرف. فمن وقف ماله لا يستطيع التصرف فيما وقفه، لا لنقص فى أهليته، بل لعدم قابلية المال الموقوف للتصرف.

والأهلية غير المنع من التصرف. فالمريض مرض الموت ممنوع من التصرف فى ماله فى حدود معينة لمصلحة الورثة، بحيث إذا جاوز هذه الحدود لم يسر تصرفه فى حقهم. والنائب ممنوع من شراء ما وكل فى بيعه على نحو ما قدمنا لمصلحة الأصيل، بحيث إذا اشترى هذا المال لم يسر التصرف فى حق الأصيل. وعمال القضاء ممنوعون من شراء الحقوق المتنازع فيها إذا كان نظر النزاع يدخل فى اختصاص المحكمة التى يباشرون أعمالهم فى دائرتها، وهذا المنع من التصرف للنظام العام وجزاؤه أن يكون التصرف باطلا. وكذلك المحامون ممنوعون من التعامل مع موكليهم فى الحقوق المتنازع فيها إذا كانوا هم الذين يتولون الدفاع عنها، والمنع هنا أيضاً للنظام العام وجزاؤه أن يكون التصرف باطلاً.

٥٨- أهلية التصرف واجبة فى كل من البائع والمشترى: فالأهلية إذن هى التى ترجع

(١) الوسيط جزء أول فقرة ١٤٧.

إلى التمييز. وقد علمنا عند الكلام فى النظرية العامة للأهلية أن هناك أدواراً ثلاثة طبيعية يمر بها الإنسان من وقت أن يولد إلى أن يموت. فالدور الأول هو دور عدم التمييز، والصبى غير المميز وهو من كان دون سبع سنوات لا يستطيع مباشرة أى تصرف. والدور الثانى هو دور التمييز، ويبدأ من سن السابعة وهى سن التمييز إلى سن الحادية والعشرين وهى سن الرشد. وفى هذا الدور يكون الصبى المميز ناقص الأهلية، لا عديمها ولا كاملها، فيباشر من التصرفات ما يكون نافعاً نفعاً محضاً، ولا يباشر منها ما يكون ضاراً ضرراً محضاً، وما كان من التصرفات دائراً بين النفع والضرر ومنها البيع والشراء يباشره باجازة الولى. والدور الثالث هو دور الرشد، ويبدأ من الحادية والعشرين، وفيه يكون البالغ الرشيد أهلا لجميع التصرفات ومنها البيع والشراء، بل ويكون أهلا للتبرعات وهى التصرفات الضارة ضرراً محضاً، وذلك ما لم يحجر عليه لجنون أو عته أو غفلة أو سفه، فينصب له قيم يباشر عنه التصرفات على النحو الذى قدمناه فى النظرية العامة للأهلية.

ويخلص من ذلك أن الصبى غير المميز ليس أهلا لا للبيع ولا للشراء، لأن البيع – سواء من ناحية البائع أو من ناحية المشترى– يعتبر من أعمال التصرفات الدائرة بين النفع والضرر.

أما الصبى المميز – ويلحق به المحجور – فأهليته فى البيع والشراء أهلية ناقصة(1). فهو يستطيع أن يبيع ويشترى، بشرط إجازة الولى أو الوصى أو القيم وباذن من المحكمة فى الأحوال التى نص القانون فيها على ذلك، وقد أشرنا إليها فيما تقدم.

ومن بلغ من العمر إحدى وعشرين سنة – أى بلغ سن الرشد – غير محجور عليه، فقد توافرت فيه أهلية التصرف كاملة، وكانت له أهلية البيع والشراء دون قيد، فلا يحتاج إلى إذن ولى ولا إلى إذن من المحكمة.

فأهلية كل من البائع والمشترى إذن هى أهلية التصرف، وتقتضى بلوغ سن الرشد(١).

(١) وقد كان التقنين المدني السابق يشتمل على نصين فى أهلية البائع المشترى، هما تطبيق محض للقواعد العامة، ولذلك أغفلهما التقنين المدنى الجديد. فكانت المادة ٣١٢/٢٤٦ مدنى سابق تنص على أنه «يجب أن يكون كل من البائع والمشترى متصفاً بالأهلية الشرعية للتعامل (capacité légale de s'obliger). وكانت المادة ٣١٣/٢٤٧ تنص على أنه يجب أن يكون البائع متصفاً بالأهلية الشرعية للتصرف (capacité légale d'aliéner).

(1) أ– تصرف المحجور عليه الدائر بين النفع والضرر – كالبيع – لا يكون قابلا للابطال إلا لمصلحته فلا يسوغ الا له أو لممثله القانونى التمسك به، وإذ كان البائع لمورثه المطعون عليهم نصيب فى العقار محل عقد القسمة لم يختصم فى الدعوى الحالية بصحة ونفاذ هذا العقد الذى ابرمته معه، كما لم يختصم فيها القيم عليه، ولم يتدخل الأخير فيها فان الطاعنين – وهم باقى المتقاسمين – يكونون ولا صفة لهم فى الطعن على البيع بأى مطعن ولا يكون لهم بالتالى أن يطلبوا احالة الدعوى إلى التحقيق لاثبات بطلان البيع.

(جلسة ١٩٧٨/١١/١٦ الطعن ٩٥٤ لسنة ٤٤ق)

=

٥٩- متى يكفى التمييز فى أهلية البيع والشراء: على أن هناك أحوالا معينة يكفى فيها بلوغ سن التمييز دون بلوغ سن الرشد ليتوافر فى الإنسان أهلية البيع والشراء.

١- فقد نصت المادة ١١٢ مدنى على أنه «إذا بلغ الصبى المميز الثامنة عشرة من عمره وأذن له فى تسلم أمواله لإدارتها، أو تسلمها بحكم القانون، كانت أعمال الإدارة الصادرة منه صحيحة فى الحدود التى رسمها القانون». والقانون هنا هو قانون الولاية على المال. وتقضي المادة ٥٤ منه بأن للولى أن يأذن القاصر الذى بلغ الثامنة عشرة فى تسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها. وتقضى المادة ٥٥ منه بأن للمحكمة بعد سماع أقوال الوصى أن تأذن للقاصر الذى بلغ الثامنة عشرة فى تسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها. وسواء أذن للقاصر من وليه أو من المحكمة، فانه متى تسلم أمواله كان له أن يباشر أعمال الإدارة. ويدخل فى هذه الأعمال أى بيع أو شراء تقتضيه الإدارة، كبيع الحاصلات وشراء ما يلزم للزراعة، فتكون أهلية البيع والشراء متوافرة عنده فى هذه الحدود. وكذلك تكون له أهلية التصرف، بيعاً وشراء، فى صافى دخله بالقدر اللازم لسد نفقاته هو ومن تلزمه نفقتهم قانوناً (م٢/٥٦ قانون الولاية على المال). وهذه الأحكام تسرى على المحجور للسفه أو للغفلة إذا أذنته المحكمة فى تسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها (م٦٧ قانون الولاية على المال).

٢- وتقضى المادة ٥٧ من قانون الولاية على المال بأنه يجوز للمحكمة أن تأذن للقاصر الذى بلغ الثامنة عشرة أن يتجر، ويكون إذن المحكمة مطلقاً أو مقيداً. فيكون للقاصر فى هذه الحالة الأهلية الكاملة للبيع والشراء فيما يتعلق بالتجارة المأذون له فيها.

٣- وتنص المادة ٦٣ من قانون الولاية على المال على أن يكون «القاصر الذى بلغ السادسة عشرة أهل للتصرف فيما يكسبه من عمله من أجر أو غيره. ولا يجوز أن يتعدى أثر التزام القاصر حدود المال الذى يكسبه من مهنته أو صناعته». ويخلص من ذلك أن القاصر متى بلغ السادسة عشرة يصبح، دون حاجة إلى أى إذن، أهلا أهلية كاملة فى التصرف فى كسب عمله. فيستطيع، فى حدود هذا الكسب، أن يبيع وأن يشترى وأن يلتزم.

٤- وتنص المادة ٦١ من قانون الولاية على المال على أن «للقاصر أهلية التصرف فيما يسلم له أو يوضع تحت تصرفه عادة من مال لأغراض نفقته، ويصح التزامه المتعلق بهذه الأغراض فى حدود هذا المال فقط». ويخلص من هذا النص أن القاصر المميز - أياً كانت سنه - متى وضع تحت تصرفه مال لينفق منه على نفسه، كانت له أهلية التصرف

= ب- ثبوت القصر عند التعاقد كاف لقبول دعوى الابطال ولو بمجرد التصرف الدائر بين النفع والضرر من أى غبن مهما كان مقدار افادة القاصر منه ولو لم يعلن القاصر قصره للمتعاقد الآخر أو اخفى حالته عنه أو ادعى كذبا بلوغه سن الرشد، وسواء كان هذا المتعاقد يعلم بحاله القصر أو يجهلها.
(جلسة ١٩٨٠/٣/١٢ مجموعة احكام النقض السنة ٣١ ص٨٠٦)

كاملة فى هذا المال. فيجوز له أن يشترى بهذا المال ما يحتاج إليه من مأكل وملبس وغير ذلك، ويجوز له أن يبيع المال إذا كان غير نقد للحصول على نقد ينفق منه على نفسه. فهو كامل الأهلية فى التصرف، بيعاً وشراء والتزاماً، فى حدود المال الموضوع تحت تصرفه للنفقة.

٥- وتنص المادة ٦٠ من قانون الولاية على المال على أنه «إذا أذنت المحكمة فى زواج القاصر الذى له مال، كان ذلك إذناً له فى التصرف فى المهر والنفقة، ما لم تأمر المحكمة بغير ذلك عند الإذن أو فى قرار لاحق». ويخلص من هذا النص أن القاصر إذا أذنت له المحكمة فى الزواج - ويجب أن يبلغ الثامنة عشرة إذا كان ذكراً والسادسة عشرة إذا كانت أنثى وفقاً للقانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ (مادة ١٧)- تضمن هذا الإذن إذناً فى أن يتصرف الزوج فى المهر بإعطائه لزوجته وفى التصرف فى ماله للنفقة على زوجته، وتضمن إذناً فى أن تتصرف الزوجة فى المهر الذى تأخذه من زوجها فتكون لها الأهلية الكاملة بالرغم من قصرها فى أن تشترى جهازها من هذا المهر. وهذا كله ما لم تقرر المحكمة غيره عند الإذن فى الزواج، أو فى قرار لاحق لهذا الإذن.

المطلب الثانى

عيوب الرضا فى عقد البيع

٦٠- تطبيق القواعد العامة: عيوب الرضا فى عقد البيع هى عيوبه فى أى عقد آخر، فيعيب إرادة أى من البائع والمشترى أن تكون مشوبة بغلط أو تدليس[١] أو إكراه(1) أو

(١) ومن صور التدليس فى البيع صورة تسمى باحتكار البيع (vente à monopole). فيعمد منتج السلعة إلى الاتفاق مع تاجر يبيع منه سلعته بيعاً باتاً، ليقوم التاجر بعد ذلك ببيعها من العملاء لحسابه. ويزخرف المنتج للتاجر السلعة، ويؤكد له أنها رائجة كل الرواج، فيحمله بذلك على أن يقبل شراء كميات كبيرة منها على أن يحتكر بيعها وحده. ثم يتبين التاجر أن السلعة ليست رائجة، بعد أن يكون قد اشترى هذه الكميات الكبيرة اطمئنانا إلى تأكيدات المنتج، فتصيبه من جراء ذلك خسارة جسيمة. وقد سار القضاء الفرنسى على اعتبار مجرد التأكيدات الكاذبة الصادرة من منتج السلعة عن رواج سلعته تدليساً يجعل البيع الصادر منه للتاجر قابلا للابطال (بيدان ١١ فقرة ٢٣- الأستاذ جميل الشرقاوى فقرة ٢٠- وقد أشار بيدان فى القضاء الفرنسى إلى الأحكام الآتية: محكمة السين التجارية ٢٠ يوليه سنة ١٩٢٦ مجلة القانون الفرنسى ١٩٢٦ ص١٥٥ - محكمة مارسيليا التجارية أول ديسمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة مارسيليا ١٩٣٣- ١-١٩٣٥ - محكمة الهافر ٧ نوفمبر سنة ١٩٣٤ جازيت دى باليه ١٩٣٤-٢-١٠١٦ - محكمة بيزانسون ١٦ ديسمبر ١٩٣٥ جازيت دى باليه ٢٦ فبراير سنة ١٩٣٦).

(1) تمسك الطاعنين بان عقد البيع الابتدائى الذى أبرمه الحارس العام بوصفه ممثلا لمورثتهم تم فى ظروف قهر ناجمة عن فرض الحراسة على أموالها وأن توقيعها على العقد النهائى بعد رفع الحراسة كان خوفا من تكرار فرض الحراسة على ممتلكاتها ولم يكن وليد إرادة حرة. دفاع يترتب عليه تغيير وجه الرأى فى الدعوى. عدم فطنة الحكم المطعون فيه له. خطأ وقصور مبطل.
(جلسة ١٩٩٩/٤/١٥ الطعن ١٣٨٣ لسنة ٦٧ق)

استغلال. فإذا شاب الإرادة عيب من هذه العيوب، كان البيع قابل للإبطال لمصلحة من شاب إرادته العيب. وفي الاستغلال يكون البيع قابلا للإبطال أو قابلا للإنقاص وفقاً للقواعد المقررة في الاستغلال، وقد سبق تفصيلها في الجزء الأول من الوسيط. وللغبن أحكام خاصة في عقد البيع، سنتناولها عند الكلام في الثمن.

ولا جديد يقال في البيع في صدد هذه العيوب، فيتبع فيها القواعد المقررة في النظرية العامة في العقد فيما يتعلق بعيوب الإرادة[1] كما هي مبسوطة تفصيلا في الجزء الأول من الوسيط.

ولكن الغلط في المبيع في عقد البيع له شأن خاص، إذ يتصل اتصالا وثيقاً بالعلم بالمبيع وبخيار الرؤية وهو الخيار المعروف بالفقه الإسلامي، فنتناوله هنا في شئ من التفصيل.

---

(١) ومن قضاء محكمة النقض في عيوب الرضا في البيع: نقض مدني ٢ يناير سنة ١٩٤١ مجموعة عمر٣ رقم ٨٩ ص٢٩٦ (التقدم في السن والأمراض المستعصية من شأنها أن تجعل الإرادة معيبة) – نقض مدني ١١ ديسمبر سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر٥ رقم ٢٤٢ ص٥٠٣ (عين معينة ذكر حد فيها مكان حد آخر: غلط مادى يصحح) – نقض مدني ١٥ مايو سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٦٥ ص١٠٨٢ (كتمان البائع عن المشترى أن المحل التجارى المبيع قد حكم بإغلاقه لعدم الرخصة يعتبر تدليساً، ولو كان المشترى يعلم بأن المحل غير مرخص لأنه كان يرجو الحصول على الرخصة) – نقض مدني ١٥ ديسمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٢١٨ ص١٥٨٢ (متى قضت المحكمة لأسباب سائغة في حدود سلطتها التقديرية وقوع إكراه مؤثر في إرادة البائع أو تدليس مفسد لرضائه، فإنها لا تكون ملزمة بإجراء تحقيق لا ترى أنها في حاجة إليه).

ومن قضاء محكمة الاستئناف المختلطة في عيوب الرضا في البيع: ١٩ ديسمبر سنة ١٩٠١ م١٤ ص٥٣ (اشترى أرضاً كان يعتقد أنها تجاور مسلكين يؤديان إلى الطريق العام فتبين عدم صحة ذلك: يعد غلطاً) – ١٨ فبراير سنة ١٩٠٩ م٢١ ص٢٠٤ (لا يعتد بالغلط في تعيين الحدود إذا كانت ذاتية الأرض محددة ومعروفة للمشترى) – ١٧ نوفمبر سنة ١٩١٠ م٢٣ ص٢٦ (الاكتتاب في أسهم شركة لم تحصل على فرمان خديوى دون أن يعلم المكتتبون ذلك يكون مشوباً بالغلط) – ٢٩ ديسمبر سنة ١٩١٠ م٢٣ ص٩٧ (يعد غلطاً أن يقصد المشترى شراء نمرة كاملة lot في أرض مقسمة وأن يقصد البائع بيع جزء من نمرة وجزء من نمرة أخرى، ولو تساوى الشيئان في المساحة والمنفعة) – ١٩ يناير سنة ١٩١١ م٢٣ ص١١٩ (اشترى أرضاً قسمت في الخرط لا في الطبيعة وكان يعتقد أنها تجاوز طريقاً عاماً فظهر غير ذلك: يعد غلطاً) – ٩ فبراير سنة ١٩١١ م٢٣ ص١٧٠ (لا يعد غلطاً أن يكون أحد حدود الأرض طريقاً خاصاً وكان المشترى يظنه طريقاً عاماً) – ١٩ مارس سنة ١٩١٣ مادة ٢٥ ص٢٣٩ (يعد غلطاً أن يقصد المشترى شراء شئ أثرى فإذا هو مقلد، ولو كان المشترى ذا خبرة بالآثار، فلا يتقيد في رفع دعوى الغلط بمدة التقادم القصيرة المقررة في ضمان العيب الخفى) – ٢١ ديسمبر سنة ١٩١٦ م٢٩ ص١٢٠ (لا يعد غلطاً الخطأ في تعيين الحدود ما دامت ذاتية الأرض معروفة) – ٢٤ يناير سنة ١٩٣٩ م٥١ ص١٢٦ (لابد من بيان ريع المبيع في العقد الابتدائي حتى يستطيع المشترى أن يتمسك بالغلط في قيمة المبيع لأن ريعه أقل مما قدر) – ٢٥ فبراير سنة ١٩٤١ م٥٣ ص١٠٨ (غلط المشترى في ذاتية الأرض التي اشتراها) – وانظر أيضاً في الغلط والتدليس: ٢٨ مايو ١٩٣١ م٤٣ ص٤١٥ (غلط) – ٢٢ يونية سنة ١٩٣٢ م٤٤ ص٣٨٩ (غلط) – ٣١ يناير سنة ١٩٣٤ م٤٦ ص١٤٧ (تدليس) – ٩ أبريل سنة ١٩٣٦ م٤٨ ص٢٢١ (تدليس) – ١٨ يناير سنة ١٩٣٩ م٥١ ص١٢١ (الغلط بأنواعه المختلفة).

٦١- علم المشترى بالمبيع– النصوص القانونية: تنص المادة ٤١٩ من التقنين المدني على ما يأتي:

«١- يجب أن يكون المشترى عالماً بالمبيع علماً كافياً. ويعتبر العلم كافياً إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بياناً يمكن من تعرفه».

«٢- وإذا ذكر في عقد البيع أن المشترى علم بالمبيع، سقط حقه في طلب إبطال البيع بدعوى عدم علمه به، إلا إذا أثبت تدليس البائع»[1].

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المواد ٢٤٩-٣١٥/٢٥٣-٣١٩[2].

---

(١) **تاريخ النص:** ورد هذا النص في المادة ٥٥٩ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتي: «١- يجب أن يكون المشترى عالماً بالشئ المبيع علماً كافياً. ويعتبر العلم كافياً إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بحيث يمكن التحقق منه. ٢- إذا ذكر في عقد البيع أن المشترى عالم بالمبيع، سقط حقه في الطعن على البيع بدعوى عدم علمه بالمبيع، إلا إذا أثبت تدليس البائع». وفي لجنة المراجعة حور النص تحويراً لفظياً، وحدد في دقة الجزاء على عدم العلم وهو طلب الإبطال، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد، وصار رقمه ٤٣٢ في المشروع النهائي. ووافق على مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٤١٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية٤ ص١٨ وص٢٠).

(٢) **التقنين المدني السابق** م٢٤٩/٣١٥: يجب أن يكون المشترى عالماً بالبيع علماً كافياً، إما بنفسه أو بمن وكله عنه في معاينته. م٢٥٠/٣١٦: إذا لم يشاهد المشترى جزافاً إلا بعض المبيع، وتبين أنه لو رآه كله لامتنع عن شرائه، فليس له ألا أن يتحصل على الحكم بفسخ البيع بدون أن يجوز له طلب تقسيم المبيع أو تنقيص ثمنه، ويسقط حقه في طلب الفسخ إذ تصرف في الشئ المبيع بأى طريق كان.

م٢٥١/٣١٧: إذا ذكر في عقد المبيع أن المشترى عالم بالبيع، سقط حقه في طلب إبطال البيع بدعوى عدم علمه بالمبيع، إذا أثبت تدليس البائع عليه.

م٢٥٢/٣١٨: بيع الأشياء التي لم يعاينها المشترى ولا وكيله في المعاينة لا يكون صحيحاً إلا إذا كان عقد البيع مشتملا على بيان المبيع وأوصافه الأصلية بحيث يمكنه الكشف عليه وتحقيق حالته.

م٢٥٣/٣١٩: البيع للأعمى يكون صحيحاً إذا أمكنه معرفة حقيقة المبيع بطريقة غير المعاينة، أو حصلت معاينته ممن عينه معتمداً عليه في ذلك.

وقد لخص التقنين المدني الجديد هذه النصوص الخمسة في نص واحد هو المادة ٤١٩ المقدم ذكرها. وقد جاء في صددها في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ما يأتي: «هذا النص يلخص خمسة نصوص في التقنين المصرى الحالي (السابق) هي المواد ٢٤٩-٣١٥/٢٥٣- ٣١٩، على وجه يوفق بين خيار الرؤية المعروف في الشريعة الإسلامية وبين المبادئ العامة للقانون المدني وهذه لا تشترط رؤية المبيع، بل تقتصر على اشتراط أن يكون معيناً تعييناً كافياً. فقرر المشروع وجوب أن يكون المشترى عالماً بالشئ المبيع علماً كافياً، وحذفت عبارة «إما بنفسه أو بمن يوكله عنه في معاينته» من نص التقنين الحالي (السابق) لبداهتها. ثم أراد أن يوفق بين هذا العلم– والمقصود به خيار الرؤية – وبين الاكتفاء بتبين الشئ. فذكر أن العلم يعتبر كافياً إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بحيث يمكن التحقق منه (أنظر م٢٥٢/٣١٨ مدني). فرؤية المبيع يغنى عنه تعيينه بأوصافه الأساسية تعييناً من شأنه أن يمكن تمييزه عن الأشياء الأخرى. وبديهى أن هذا التعيين يختلف باختلاف =

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى: فى التقنين المدنى السورى المادة ٣٨٧- وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٤٠٨- وفى التقنين المدنى العراقى المواد ٥١٧- ٥٢٣ وفى تقنين الموجبات والعقود لا يوجد نص مقابل(١).

=الأشياء - ثم نقل المشروع المادة ٣١٨/٢٥١ من التقنين الحالى (السابق)، فقرر أنه إذا ذكر فى عقد البيع أن المشترى عالم بالمبيع سقط حقه فى الطعن على البيع بدعوى عدم علمه بالمبيع، إلا إذا أثبت تدليس البائع. وقد أغفل المشروع نصين فى التقنين الحالى (السابق) لا فائدة من إيرادهما، أحدهما يقضى بأنه «إذا لم يشاهد المشترى جزافاً إلا بعض البيع، وتبين له أنه لو رآه لامتنع عن شرائه، فليس له إلا أن يتحصل على الحكم بفسخ البيع بدون أن يجوز له طلب تقسيم البيع أو تنقيص ثمنه، ويسقط حقه فى طلب الفسخ إذا تصرف فى الشئ المبيع بأى طريق كان (م١٥٠/٢١٦ مصرى)» ويقضى النص الثانى بأن البيع للأعمى يكون صحيحاً إذا أمكنه معرفة حقيقة المبيع بطريقة غير المعاينة أو حصلت معاينة ممن عينه معتمداً عليه فى ذلك (م٢٥٣/٣١٩). وواضح أن فى القواعد العامة غنى عن ذكر هذين الحكمين» (مجموعة الأعمال التحضيرية٤ ص١٨- ص١٩).

(١) **التقنينات المدنية العربية الأخرى:**

التقنين المدنى السورى م٣٨٧ (مطابقة للمادة ٤١٩ من التقنين المدنى المصرى. وانظر فى القانون المدنى السورى الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٣٩- فقرة ٤٥).

التقنين المدنى الليبى م٤٠٨ (مطابقة للمادة ٤١٩ من التقنين المدنى المصرى).

التقنين المدنى العراقى م٥١٧: ١- كل من اشترى شيئاً لم يره كان له الخيار حين يراه، فإن شاء قبله وإن شاء فسخ البيع. ولا خيار للبائع فيما باعه ولم يره. ٢- والمراد بالرؤية الوقوف على خصائص الشئ ومزاياه بالنظر أو للمس أو الشم أو السمع أو المذاق.

م٥١٨: الأشياء التى تباع على مقتضى نموذجها تكفى رؤية النموذج فيها. فإن ثبت أن المبيع دون النموذج الذى اشترى على مقتضاه، كان المشترى مخيراً بين قبوله له بالثمن المسمى أو رده بفسخ البيع. ٢- فإذا تعيب النموذج أو هلك فى يد أحد المتعاقدين ولو دون خطأ منه، كان على هذا المتعاقد بحسب ما يكون بائعاً أو مشترياً أن يثبت أن الأشياء مطابقة للنموذج أو غير مطابقة له.

م٥١٩: ١- إذا بيعت جملة أشياء متفاوتة صفقة واحدة، فلا بد للزوم البيع من رؤية كل واحد منها على حدة. ٢- وإذا كان المشترى رأى بعضها، فمتى رأى الباقى جاز له أخذ جميع الأشياء أو ردها جميعاً، وليس له أن يأخذ ما رآه ويترك الباقى.

م٥٢٠: ١- إذا وصف شئ للأعمى وعرف وصفه ثم اشتراه، لا يكون مخيراً. ٢- ويسقط على كل حال خيار الأعمى بلمس الأشياء التى تعرف باللمس وشم المشمومات وذوق المذوقات.

م٥٢١: الوكيل بشراء شئ والوكيل بقبضه رؤيتهما كرؤية الأصيل، أما الرسول فلا تسقط رؤيته خيار المشترى.

م٥٢٢: من رأى شيئاً بقصد الشراء، ثم اشتراه بعد مدة وهو يعلم أنه الشئ الذى كان قد رآه، فلا خيار له إذا وجد الشئ قد تغير عن الحال الذى رآه فيه.

م٥٢٣: ١- يسقط خيار الرؤية بموت المشترى، وبتصرفه فى البيع قبل أن يراه، وبإقراره فى عقد البيع أنه قد رأى الشئ وقبله بحالته، وبوصف الشئ فى عقد البيع وصفاً يقوم مقام الرؤية وظهوره على الصفة التى وصفت، وبتعيب المبيع أو هلاكه بعد القبض، وبصدور ما يبطل الخيار قولا أو فعلا من المشترى قبل الرؤية أو بعدها، وبمضى وقت كاف يمكن المشترى من رؤية الشئ دون أن يراه. ٢- وللبائع أن يحدد للمشترى أجلا مناسباً يسقط بانقضائه الخيار إذا لم يرد المبيع خلال هذه المدة. =

٦٢- القواعد العامة المتعلقة بعلم المشترى بالبيع: لو أن نص المادة ٤١٩ مدنى ل[...] يوجد، لوجب ألا تتطلب أن يكون المشترى عالماً بالمبيع ذاتاً، ولكفى أن يكون المبيع معي[...] تعييناً كافياً يميزه عن غيره ويكون مانعاً من الجهالة الفاحشة ولو لم يكن المشترى عال[...] به(1). وهذه هى القواعد العامة المتعلقة بتعيين محل الالتزام، سبق بسطها فى النظرية العام[...] للمحل. فإذا كان المبيع داراً مثلاً، ولم يرها المشترى، ولكنها عينت تعييناً كافياً بأن ذك[...] موقعها وحدودها، فقد كان ينبغى أن هذا التعيين يكفى ولو لم يكن للمشترى سابق علم[...] بالدار.

فكان ينبغى إذن ألا تشترط رؤية المشترى للمبيع، ولا سابق علمه به، ولا وصفه بأكثر من الأوصاف التى تكفى لتعيينه. على أنه يجب ألا يكون المشترى واقعاً فى غلط فى صفة جوهرية فى المبيع، وهذا الغلط لا يفترض، فعلى المشترى الذى يدعيه يقع عبء إثباته. ولكن الفقه الإسلامى، وبخاصة المذهب الحنفى، يثبت للمشترى الذى لم ير المبيع خياراً يسميه خيار الرؤية، يستطيع المشترى بموجبه أن ينقض البيع ويرد المبيع إذا رآه فوجده على خلاف ما ظن. وقد أراد التقنين المدنى الجديد، على غرار التقنين المدنى السابق، أن يوفق بين خيار الرؤية وبين القواعد العامة التى سبقت الإشارة إليها فى تعيين المبيع وفى الغلط فى صفة جوهرية فيه. فنستعرض فى إيجاز خيار الرؤية فى الفقه

=(والتقنين العراقى أخذ بخيار الرؤية المعروف فى الفقه الإسلامى، ولكنه أقام مقام الرؤية وصف الشئ وصفاً يغنى عن الرؤية. أنظر فى القانون المدنى العراقى الأستاذ حسن الذنون فقرة ٦٧- فقرة ٧٦- الأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٢٠٨ - فقرة ٢١٥ ويميز بحق بين خيار الرؤية والغلط فيدافع بذلك عن وجود خيار الرؤية فى القانون المدنى العراقى على خلاف رأى الأستاذ حسن الذنون).

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى: لم يرد شئ خاص بخيار الرؤية، فتسرى القواعد العامة المتعلقة بوجوب تعيين المبيع تعييناً كافياً.

(1) أ- متى كان الخصم تمسك أمام محكمة الموضوع بأنه تعاقد مع مصلحة السكك الحديدية على شراء الفحم الرجوع المتخلف عن استعمال الفحم الانجليزى وأن المصلحة انما استعملت الأخشاب والكسب وأن المتخلف عنهما يكون ترابا لا فحما رجوعا فاختلف بذلك محل التعاقد، وطلب احالة الدعوى إلى التحقيق لاثبات هذا الدفاع الجوهرى الذى قد يتغير به وجه الرأى فى الدعوى فلم يعرض الحكم لهذا الدفاع فأنه يكون مشوبا بالقصور.

(جلسة ١٩٥٨/٢/٢٠ مجموعة أحكام النقض السنة ٩ ص٢٢٣).

ب- متى استخلص الحكم نية المتعاقدين وما انعقد اتفاقهما عليه بما يتفق مع ما توحى به عبارات عقد البيع الابتدائى وتؤيده صيغة عقد البيع النهائى من أن البيع كان شاملا للأرض المبيعة وما عليها من مبان إذ وصف المبيع فى العقد المذكور بأنه عبارة عن مخزن وصيدلية ودكاكين ومقهى ولوكاندة فان ذلك يكون استخلاصا سائغا مما يدخل فى سلطة المحكمة الموضوعية، ولا محل للنعى على الحكم بأنه أخطأ فى تفسير العقد الابتدائى بمقولة أن البيع لم يشمل تلك المبانى وأنه يحق للبائع المطالبة بثمن انقاضها.

(جلسة ١٩٥٨/١/٩ مجموعة أحكام النقض السنة ٩ ص٦٢)

(جلسة ١٩٥٠/١/١٩ مجموعة أحكام النقض السنة ٤ ص٣٤٥)

الإسلامي، في المذهب الحنفي وفي غيره من المذاهب الأخرى، ثم ننتقل إلى أحكام التقنين المدني المصري التي أريد بها التوفيق بين أحكام خيار الرؤية وبين هذه القواعد العامة.

٦٣- خيار الرؤية في الفقه الحنفي: يثبت خيار الرؤية، في المذهب الحنفي، في عقد البيع، ويثبت للمشتري دون البائع. فمن اشترى عيناً معينة بالذات، ولم يكن قد رآها لا وقت البيع ولا قبل البيع[١]، كان له الخيار إذ رآها، ولو كان اشتراها على الصفة وظهرت على ما وصفت، لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال من اشترى شيئاً لم يره فهو الخيار إذا رآه. أما البائع فلا خيار له، حتى لو لم يكن قد رأى العين التي باعها قبل بيعها. ووقت ثبوت خيار الرؤية للمشتري هو وقت الرؤية لا قبلها، حتى لو أجاز البيع قبل الرؤية ورضى بالبيع، فانه له بالرغم من ذلك أن يرده إذا رآه، لأن نزوله عن الخيار قبل أن يثبت له لا يعتد به. واختلف في جواز الفسخ قبل الرؤية، والصحيح أنه يجوز.

والعقد حال قيام خيار الرؤية غير لازم من جهة المشتري، فلهذا الرجوع عنه وفسخه بعد الرؤية، بل وقبلها كما سبق القول. أما البائع فقد قدمنا أنه لا خيار له، فالعقد يكون لازماً من جهته. وعدم لزوم العقد من جهة المشتري يقوم في أساسه على فكرة الغلط، إذ يفترض إن المشترى لم يجد المبيع على الحال التي ظنها، بل وجده على حال لا يصلح معها للغرض المقصود، فأساس خيار الرؤية هو غلط المشتري في شئ لم تسبق له رؤيته.

ويسقط خيار الرؤية: (١) برؤية المشتري للعين المبيعة ورضائه بها صراحة أو دلالة. ولا تلزم رؤية جميع أجزاء المبيع بل يكتفى برؤية ما يدل على العلم بالمقصود من العين المبيعة[٢]. فإذا تمت رؤية المبيع على الوجه المتقدم، جاز للمشتري إمضاء البيع برضائه بالمبيع كما جاز له فسخه. والفسخ يثبت له منذ البداية، حتى قبل الرؤية على الرأى الصحيح كما قدمنا. والمختار في المذهب الحنفي أن خيار الرؤية لا يتوقت، بل يبقى إلى أن يوجد ما يسقطه. فليس هناك وقت معلوم يجب أن يستعمل فيه المشتري خياره في الإمضاء أو في الرد، وما دام ساكتاً فخياره قائم إلى أن يصدر منه ما يدل على الإمضاء أو الرد، وعند ذلك يسقط خياره ويصبح البيع لازماً في حالة الإمضاء منتقضاً في حالة الرد. وهناك قول بأن خيار الرؤية موقت بعد الرؤية بقدر ما يتمكن المشتري من الفسخ، فإذا تمكن من الفسخ بعد الرؤية فلم يفسخ سقط خياره ولزم المبيع[٣]. (٢) بموت المشتري

(١) فإذا كان المشتري لم ير المبيع وقت الشراء ولكن كان قد رآه قبل ذلك، فإن كان المبيع وقت الشراء على حاله التي كان عليها لم يتغير، فلا خيار له. وإن كان قد تغير عن حاله، فله الخيار، لأنه إذا تغير عن حاله فقد صار شيئاً آخر فكان مشترياً شيئاً لم يرا فله الخيار إذا رآه (أنظر م٥٢٢ مدني عراقي آنفاً فقرة ٦١ في الهامش).

(٢) أنظر في تفصيلات رؤية الشئ – وهي مأخوذة من المذهب الحنفي – المواد ٥١٨– ٥٢١ من التقنين المدني العراقي، وقد سبق ذكرها (آنفاً فقرة ٦١ في الهامش).

(٣) وقد اختار التقنين المدني العراقي هذا القول، فنص في الفقرة الأولى من المادة ٥٢٣ على أن «يسقط خيار الرؤية.. بصدور ما يبطل الخيار قولا أو فعلا من المشتري قبل الرؤية أو بعدها، وبمضي وقت =

قبل أن يختار، فيلزم البيع بموته. ولا ينتقل الخيار إلى ورثته، لأن خيار الرؤية لا يورث. (٣) بهلاك بعض المبيع أو تعيبه أو تغيره قبل أن يختار المشتري. (٤) بتصرف المشتري في المبيع. وهنا يجب التمييز بين ما إذا كان التصرف صادراً قبل رؤية المشتري للمبيع أو بعد الرؤية. فان كان صادراً قبل رؤيته، وكان التصرف لا يمكن رفعه كالإعتاق والتدبير، أو كان لازماً يوجب حقاً للغير كابيع والهبة مع التسليم والرهن والإجارة، سقط خيار الرؤية ذلك أن تعذر فسخ هذه التصرفات يوجب لزوم البيع، لأن الفسخ إذا تعذر لم يكن في بقاء الخيار فائدة فيسقط. ويبقى الخيار ساقطاً حتى لو نقضت هذه التصرفات اللازمة، كما لو باع أو رهن أو أجر ثم رد عليه بعيب أو افتك الرهن أو انقضت مدة الإجارة. فخيار الرؤية لا يعود بعد أن سقط، إذ الساقط لا يعود إلا بسبب جديد، أما إذا كان التصرف الصادر من المشتري قبل الرؤية تصرفاً غير لازم، كما لو باع بشرط الخيار أو عرض للبيع أو وهب ولم يسلم أو كان المبيع داراً فبيعت دار بجنبها فأخذها بالشفعة، لم يسقط خيار الرؤية، لأن هذه التصرفات يمكن للمشتري الرجوع فيها ولا يتعذر فسخها، وكل ما تدل عليه هو الرضا، والخيار قبل الرؤية لا يسقط بصريح الرضا، فبدلالة الرضا أولى ألا يسقط. بقيت التصرفات الصادرة من المشتري بعد الرؤية، فهذه سواء كان يمكن رفعها أو يمكن، تعذر فسخها أو لم يتعذر، فانها تسقط خيار الرؤية. إذا أقل ما تدل عليه الرضا، والخيار بعد الرؤية يسقط بالرضا صراحة أو دلالة[١].

٦٤- خيار الرؤية في المذاهب الأخرى في الفقه الإسلامي: والمذهب الحنفي وحده هو الذي يعرف خيار الرؤية على النحو الذي بسطناه، أما المذاهب الأخرى فتختلف أحكامها في هذا الخيار عن أحكام المذهب الحنفي.

=كاف يمكن المشتري من رؤية الشئ دون أن يرده». وتضيف الفقرة الثانية من المادة ٥٢٣ ما يأتي: «وللبائع أن يحدد للمشتري أجلاً مناسباً يسقط بانقضائه الخيار إذا لم يرد المبيع في خلال هذه المدة» (أنظر آنفاً فقرة ٦١ في الهامش).

(١) وقد جاءت هذه الأحكام نقلا عن المذهب الحنفي في التقنين المدني العراقي، فنصت المادة ٥٢٣/١ من هذا التقنين على ما يأتي: «يسقط خيار الرؤية بموت المشتري، وبتصرفه في البيع قبل أن يراه، وباقراره في عقد البيع أنه قد رأى الشئ وقبله بحالته، وبوصف الشئ في عقد البيع وصفاً يقوم مقام الرؤية وظهوره على الصفة التي وصفت، وبتعيب الشئ أو هلاكه بعد القبض، وبصدور ما يبطل الخيار قولا أو فعلا من المشتري قبل الرؤية أو بعدها، وبمضي وقت كاف يمكن المشتري من رؤية الشئ دون أن يراه» (أنظر آنفاً فقرة ٦١ في الهامش). ويلاحظ أن التقنين العراقي أضاف سببين في إسقاط خيار الرؤية: وصف الشئ وصفاً يقوم مقام الرؤية وظهوره على الصفة التي وصفت، وإقرار المشتري في عقد البيع أنه قد رأى الشئ وقبله وبحالته. وسنرى أن التقنين المصري هو أيضاً جعل هذين السببين مسقطين لخيار الرؤية: فوفق بذلك بين أحكام خيار الرؤية في الفقه الإسلامي والقواعد العامة المتعلقة بتعيين المبيع.

وأنظر في خيار الرؤية في المذهب الحنفي مصادر الحق في الفقه الإسلامي للمؤلف جزء ٤ ص٢٤٨ – ٢٥٨، حيث ذكرت المصادر والنصوص الفقهية في خيار الرؤية.

ففى مذهب مالك، إذا كانت العين المبيعة حاضرة فى مجلس العقد ولم يكن فى رؤيته مشقة وجب أن يراها المشترى ليصح العقد. فإذا اشتراها بعد رؤيتها انعقد البيع صحيحاً نافذاً لازماً ولا خيار فيه للرؤية، وإذا اشتراها دون أن يراها لم يصح البيع. وهذا هو الحكم أيضاً إذا كانت العين قريبة جداً من مجلس العقد، بحيث تمكن رؤيتها دون مشقة. أما إذا كانت العين غائبة عن مجلس العقد، أو كانت حاضرة ولكن فى رؤيتها مشقة كثوب يخشى أن يلحقه الفساد من تكرار النشر عليه، جاز بيعها على الصفة إذا لم تكن بعيدة جداً، فتوصف وصفاً يميزها عن غيرها ويفرد بذاتيتها. فإذا بيعت العين على هذا النحو انعقد البيع نافذاً وليس للمشترى خيار الرؤية، ولكن له خيار الوصف إن جاءت العين على غير ما وصفت. ويدخل فى البيع على الوصف ما يعرف بالبيع على البرنامج، بأن تذكر أوصاف العين فى دفتر مكتوب، فيشتريها المشترى على هذه الأوصاف، فان وجدت لزم البيع، وإلا كان للمشترى خيار الوصف. ويغنى عن الوصف رؤية متقدمة، بأن يكون المشترى قد سبق له أن رأى العين قبل البيع ولم تتغير العين وقت البيع عما كانت عليه وقت الرؤية. فإذا لم تسبق للمشترى رؤية العين، ولم توصف على النحو المتقدم أو وصفت ولكنها كانت بعيدة جداً، لم يجز البيع إلا إذا جعل المشترى لنفسه الخيار إذا رأى المبيع. أما إذا انعقد البيع على الإلزام بأن اشترط البائع على المشترى ألا يكون له الخيار أو سكت العقدان عن شرط الخيار، فالبيع باطل. ويستخلص من ذلك أن خيار الرؤية غير معروف فى مذهب مالك، إلا فى حالة العين الغائبة التى لم توصف، أو فى حالة العين البعيدة جداً ولو وصفت، ما دامت العين فى هاتين الحالتين لم تسبق رؤيتها، ولا يثبت الخيار إلا بالشرط.

وفى مذهب الشافعي، فى قوله القديم، يجوز بيع العين الغائبة ويثبت للمشترى خيار الرؤية. ثم إن فى افتقار صحة البيع إلى ذكر صفات المبيع ثلاثة أوجه: أحدها أنه لا يصح حتى تذكر جميع الصفات، والثانى أنه لا يصح حتى تذكر الصفات المقصودة، والثالث أن صحة البيع لا تفتقر إلى ذكر شئ من الصفات فيجوز بيع العين الغائبة دون وصف لأن الاعتماد على الرؤية وقد ثبت للمشترى خيارها. وأما إذا رأى المشترى المبيع قبل العقد ثم اشتراه دون أن يراه وقت البيع، فان كان مما لا يتغير كالعقار ونحوه جاز بيعه. وهذا القول القديم فى مذهب الشافعي يقارب المذهب الحنفى فى خيار الرؤية، فهو يثبت للمشترى هذا الخيار حتى لو ذكرت جميع صفات المبيع. وفى القول الجديد رؤية المبيع شرط فى صحة العقد، سواء كانت العين حاضرة أو غائبة، وسواء لم يسبق للمشترى رؤيتها أو سبق، ففى جميع الأحوال لا يصح البيع إلا فى المبيع المرئى وقت العقد. ومن ثم لا يكون للمشترى خيار الرؤية، فهو قد رأى العين وقت العقد ورضى شراءها، بل إن رؤيتها وقت العقد شرط فى صحة البيع كما قدمنا[1].

---

(١) والشافعى، فى اشتراطه فى قوله الجديد رؤية المبيع وقت العقد لصحة البيع، يضيق كثيراً فى مجال التعامل. وهو يحتج لقوله هذا بنهى النبى عليه السلام عن بيع الغرر والغرر موجود فيما لم يره =

والظاهر فى مذهب أحمد بن حنبل أن العين الغائبة التى لم توصف ولم تتقدم رؤيتها لا يصح بيعها. فيجب، حتى يصح العقد، إما الرؤية من المشترى والبائع جميعاً، وإما سبق الرؤية بزمن لا تتغير العين فيه، وإما وصف العين بحيث يذكر من صفاتها ما يكفى لصحة السلم. فان وقع البيع على هذا النحو كان صحيحاً لازماً، وليس للمشترى ولا للبائع خيار الرؤية فيه. لكن إذا وصف المبيع فجاء على غير الوصف، كان للمشترى خيار الخلف فى الوصف. وإذا كانت العين حاضرة فى مجلس العقد، اشترطت رؤية ما هو مقصود بالبيع، وهذا ما لم يوصف المبيع. ويتبين من ذلك أن خيار الرؤية غير معروف فى الظاهر من مذهب أحمد، إذ البيع لا يصح إلا برؤية المبيع أو بوصفه، فلا مجال بعد ذلك لخيار الرؤية[1].

ويستخلص مما قدمناه فى المذاهب الثلاثة أن وصف المبيع يغنى عن رؤيته، فالبيع على الوصف جائز، وليس للمشترى عند ذاك خيار الرؤية وإنما له خيار الخلف فى الوصف. وهذا الذى استخلص من المذاهب الثلاثة هو ما أكمل به التقنين المدنى المصرى أحكام خيار الرؤية بعد أن أخذ هذه الأحكام من المذهب الحنفى، فجعل الوصف مغنياً عن الرؤية، بل جعل إقرار المشترى أنه عالم بالمبيع بمثابة الرؤية كما سنرى.

٦٥– خيار الرؤية فى التقنين المدنى المصرى: وقد نقل التقنين المدنى الجديد، على غرار التقنين المدنى السابق، خيار الرؤية على الفقه الإسلامى، مع بعض التعديلات تظهر مما يأتى[2].

=المشترى، وبنهيه عليه السلام عن بيع ما ليس عند الإنسان والمراد ما ليس بحاضر مرئى للمشترى. ويذهب إلى أن المقصود فى المبيع هو المالية ومقدار المالية لا يصير معلوماً إلا بالرؤية، فالجهل بمقدار المالية قبل الرؤية بمنزلة انعدام المالية. ويقول إن البيع بيع دين وبيع عين. والطريق لمعرفة المبيع فيما هو دين الوصف، وإذا تراخى الوصف عن حالة العقد لم يجز البيع. أما الطريق لمعرفة العين فهو الرؤية، وإذا تراخت الرؤية عن حالة العقد لم يجز هنا أيضاً البيع (مصادر الحق فى الفقه الإسلامى للمؤلف ٤ ص٢٦٤).

(١) وهناك رواية ثانية فى مذهب أحمد، هى أنه يجوز بيع العين التى لم توصف ولم تتقدم رؤيتها، ويكون للمشترى فى هذه الحالة خيار الرؤية، بل إن البائع يكون له هو أيضاً خيار الرؤية إذا لم تسبق له رؤية المبيع. وفى رواية ثالثة أن البيع على الصفة لا يجوز، وان البيع على رؤية سابقة لا يجوز، فيشترط إذن فى صحة البيع رؤية المبيع حال العقد. وتتفق هذه الرواية الثالثة فى مذهب أحمد مع مذهب الشافعى فى قوله الجديد.

وانظر فى خيار الرؤية فى المذاهب الثلاثة مصادر الحق فى الفقه الإسلامى للمؤلف جزء ٤ ص٢٥٩ – ص٢٦٧، حيث ذكرت المصادر والنصوص الفقهية.

(٢) وفى القانون الفرنسى بيع قريب من البيع بخيار الرؤية يسمى البيع مع الاحتفاظ بحق العدول vente en disponible، وهو بيع بضائع فى مخازن البائع لم يرها المشترى، وله الحق فى قبولها أو رفضها عند رؤيتها (أنظر فى هذا البيع بودرى وسينيا فقرة ١٨٣ رابعاً).

فقد أوجب – في المادة ٤١٩ مدني وقد تقدم ذكرها – أن يكون المشترى عالماً بالمبيع علماً كافياً. والعلم بالمبيع شئ غير تعيين المبيع، فقد يكون المبيع معيناً كل التعيين ولكن المشترى لا يعلمه. والأصل في العلم بالمبيع أن يكون برؤية المبيع ذاتاً، ولكن التقنين المدني لم يجعل الروية هي الطريق الوحيد لتحصيل العلم بالمبيع، بل جعل إلى جانب هذا الطريق طريقين آخرين.

أولا: أن يشتمل عقد البيع على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بياناً يمكن من تعرفه. وهذه خطوة أبعد من تعيين المبيع، إذ يكفى في تعيين المبيع أن يكون معروفاً بذاته لا يقع لبس فيه. فإذا باع شخص داراً معروفة للناس إذا ذكرت فلا يقع لبس فيها، كانت العين المبيعة معينة تعييناً كافياً، ولكن المشترى قد لا يكون رأى الدار وليس له سابق علم بها. فلا يكفى إذن، لصحة البيع، أن تكون الدار معينة تعييناً كافياً، بل يجب أيضاً بيان أوصافها الأساسية بياناً يمكن من تعرفها، فيذكر موقع الدار وحدودها ومساحتها وعدد طبقاتها وما يتبع الدار من ملحقات ونحو ذلك مما يجعل صورة الدار مرسومة رسماً واضحاً في ذهن المشترى، فهذا الوصف الدقيق يقوم مقام الرؤية[١]. وقد رأينا أن المذاهب الثلاثة، بخلاف المذهب الحنفى، تستغنى من الرؤية بالوصف.

ثانيا: إقرار المشترى في عقد البيع بأنه عالم بالمبيع. فقد لا يوصف المبيع المعين على النحو الذى قدمناه، ولكن المشترى يذكر في عقد البيع أنه يعرف المبيع أو سبقت له رؤيته، فيكون إقراره هذا حجة عليه. ولا يستطيع بعد ذلك أن يطعن في البيع بالابطال بدعوى عدم علمه بالمبيع، إلا إذا أثبت أن البائع قد دلس عليه، بأن أراه مثلا عيناً أخرى وأوهمه أنها العين المبيعة، ففى هذه الحالة له أن يتمسك بابطال البيع للتدليس لا للغلط[٢].

ونرى من ذلك أن خيار الرؤية في التقنين المدنى المصرى قد آل في النهاية إلى وجوب وصف المبيع في عقد البيع وصفاً مميزاً له عن غيره بحيث يتمكن المشترى من

(١) استئناف وطنى ٢٨ فبراير سنة ١٩٢٢ المحاماة٢ رقم ٢/١٢٢ ص٤٨٦ – استئناف مختلط أول يونيه سنة ١٩٤٣ م٥٥ ص١٧١.

(٢) استئناف وطنى ٢٨ مارس سنة ١٩٠٨ الحقوق ٢٣ ص١٨٥– استئناف مختلط ٦ مايو سنة ١٩١٥ م٢٧ ص٣٢٥– وتقول الفقرة الثانية من المادة ٤١٩ مدنى: «وإذا ذكر في عقد البيع أن المشترى عالم بالمبيع، سقط حقه في طلب إبطال المبيع بدعوى عدم علمه به، إلا إذا أثبت تدليس البائع». ولما كان الإقرار بالعلم بالمبيع هو حجة على المشترى، كما قدمنا، فهو دليل على أن المشترى لم يقع في غلط في شأن وفاء المبيع بالغرض المقصود منه، ومن ثم يكون البيع صحيحاً. ويكون من غير الدقيق أن يقول النص في هذا الصدد إن المشترى «يسقط» حقه في طلب إبطال البيع، فالمشترى لا يستطيع الطعن في البيع، لا لأن حقه في طلب إبطال البيع قد سقط، بل لأن البيع صحيح وليست هناك دعوى إبطال إصلا حتى يقال عنها إنها قد سقطت (أنظر في هذا المعنى الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٤١– ص٧١ – الأستاذ مصطفى الزرقا في البيع في القانون المدني السورى ص٧١ هامش رقم ٣).

تعرفه. فإذا لم يوصف على هذا النحو، وجب على الأقل أن يقر المشترى في عقد البيع أنه عالم بالمبيع.

ولا يظهر إذن خيار الرؤية إلا في الفرض النادر الآتى: تكون العين المبيعة معينة تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة، ولكنها لا توصف الوصف المميز الذى يمكن من تعرفها، وفي الوقت ذاتها لا يقر المشترى في عقد البيع أنه عالم بالمبيع، ولم يكن قد سبقت له رؤيتها. ففى هذه الحالة وحدها يثبت للمشترى خيار الرؤية، على نحو لاءم فيه التقنين المدنى بين أحكام الفقه الإسلامي والمبادئ العامة للقانون المدنى[١] فخرج خيار الرؤية على نظرية الغلط، وافترض أن المشترى في الحالة التى نحن بصددها، إذا رأى المبيع فلم يجده وافياً بالغرض المقصود، قد وقع في غلط جوهرى في شأن المبيع. فهو لم يره ولم يوصف له، ولكنه أقدم على شرائه بالرغم من ذلك ظاناً أنه يفى بالغرض المقصود. فلما رآه وجده غير واف بهذا الغرض، فيكون قد وقع في غلط جوهرى كما قدمنا، وله أن يطلب إبطال البيع وفقاً للقواعد المقررة في نظرية الغلط[٢]. وخصوصية الغلط هنا أنه غلط قد أعفى المشترى من إثباته، فهو غلط مفترض، ويكفى أن يدعيه المشترى حتى يصدق بقوله، بل يطلب منه أن يحلف اليمين. فما دام أنه لم ير المبيع من قبل، ولو يوصف له الوصف اللازم، ولم يقر أنه عالم به، فالمفروض قانوناً أنه إذا رد المبيع بعد رؤيته فليس ذلك إلا نتيجة لوقوعه في غلط جوهرى من حيث وفاء المبيع بالغرض المقصود[٣].

(١) فإذا ثبت، رغم عدم وصف المبيع الوصف المميز له ورغم عدم إقرار المشترى في عقد البيع أنه عالم بالمبيع، أن المشترى لم يكن يجهل المبيع وأنه عاينه بنفسه وتحقق من أوصافه، لم يكن له حق الطعن في البيع. وهذه مسألة موضوعية لا رقابة فيها لمحكمة النقض. وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كانت محكمة الموضوع قد استخلصت أن المشترى لم يكن يجهل مساحة المنزل الذى اشتراه، وأنه عاينه بنفسه وتحقق من أوصافه، وكان هذا الاستخلاص سليماً مبنياً على ما أوردته في حكمها من وقائع الدعوى وظروفها وملابساتها، فلا يجوز بعد ذلك إثارة هذا الأمر أمام محكمة النقض لتعلقه بموضوع الدعوى (نقض مدنى ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٧٢ ص٢٥٩).

(٢) والذى يقطع في أن التقنين المدنى قد خرج خيار الرؤية على نظرية الغلط أن المشروع التمهيدى للفقرة الثانية من المادة ٤١٩ كانت تجرى على الوجه الآتى: «إذا ذكر في عقد البيع أن المشترى عالم بالمبيع، سقط حقه في الطعن على البيع بدعوى عدم علمه بالمبيع». وفي لجنة المراجعة حدد في دقة الجزاء على عدم العلم وهو طلب الإبطال (أنظر تاريخ نص المادة ٤١٩ آنفاً فقرة ٦١ في الهامش). ويخلص من أن الجزاء على عدم العلم بالمبيع – أى عدم الرؤية – هو إبطال البيع، ولا يكون الإبطال في هذه الحالة إلا للغلط.

وأنظر في أن المقصود بعدم العلم بالمبيع هو عدم الرؤية المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى٤ ص١٩، وقد سبق ذكرها آنفاً (فقرة ٦١ في الهامش).

(٣) وإذا فرضنا أن المشترى قد ثبت له خيار الرؤية على النحو الذى بيناه، فهل يسقط هذا الخيار بما يسقط به في الفقه الإسلامي ما دام أنه مأخوذ؟ نرى الأخذ بهذا الرأى، فيسقط خيار الرؤية في التقنين المدنى المصرى بما يأتى: (١) برؤية المشترى للعين المبيعة ورضائه بها صراحة أو دلالة. فإذا رأى المشترى العين وسكت بحيث يفهم من سكوته رضاؤه بالمبيع، فقد سقط خيارة. أما إذا أعلن =

هذا هو القدر الذى أخذ به التقنين المدنى فى خيار الرؤية. وغنى عن البيان أنه لو لم يأخذ بهذا القدر، وادعى المشترى بعد رؤية المبيع أنه وقع فى غلط جوهرى من حيث وفائه بالغرض المقصود، لكان عليه عبء إثبات هذا الغلط. فتحور الغلط من غلط واجب الإثبات إلى غرض مفترض هو الأثر الذى ترتب على أخذ التقنين المدنى بخيار الرؤية[1].

المبحث الثالث

بعض البيوع الموصوفة

٦٦- يدخل على البيع ما يدخل على سائر العقود من أوصاف: والبيع كسائر العقود قد تدخل عليه أوصاف مختلفة، فيكون معلقاً على شرط أو مقترناً بأجل، ويكون متعدد المحل بأن يكون بيعا مع خيار التعيين أو بيعا ينطوى على التزام بدلى كالبيع بالعربون. والقواعد العامة التى سبق أن بسطناها فى أوصاف الالتزام من شرط[2]

=المبيع لا يفى بالغرض المقصود، فان له أن يطعن فى البيع بالإبطال للغلط، ولا تسقط الدعوى إلا بمضى ثلاث سنين من وقت رؤيته للعين، كما هو الأمر فى دعاوى الإبطال، وذلك كله بشرط أن يعلن عدم رضائه بالمبيع عند رؤيته دون تأخر، وإلا عد راضياً به وسقط خياره. (٢) بموت المشترى قبل أن يختار، لأن خيار الرؤية لا يورث. (٣) بهلاك المبيع أو تعيبه أو تغيره قبل أن يختار المشترى. (٤) بتصرف المشترى فى المبيع قبل رؤيته تصرفاً يثبت حقاً للغير على العين المبيعة، كما إذا باعها أو رهنها. أما تصرفه فى المبيع بعد رؤيته فهذا يستخلص منه رضاء ضمنى بالمبيع، ومن ثم يسقط خياره. وفى هذا الصدد يحسن التمييز بين نزول المشترى عن خياره وبين رضائه بالمبيع، ففى الحالتين لا يكون له خيار. ولكنه فى الحالة الأولى يكون قد ثبت له الخيار ونزل عنه، أى أنه تبين أنه كان واقعاً فى غلط فى شأن المبيع ومع ذلك نزل عن دعوى الإبطال وأجاز البيع. أما فى الحالة الثانية فإنه برضائه بالمبيع يكون قد أقر أنه لم يقع فى غلط أصلا، بل إن البيع قد نشأ صحيحاً منذ البداية.

أنظر الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٠ وفقرة ٥٧- الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٤١- الأستاذ جميل الشرقاوى ص٤٢- ٤٣- وقارب الأستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ٨٠- فقرة ٨١- وقارن الأستاذ محمد حلمى عيسى فقرة ١٠٦٥- الأستاذين أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى هامش ص٧٨- الأستاذ سليمان مرقس فقرة ١١٤- فقرة ١١٥- الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٧٨- فقرة ٧٩- الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٢٩.

(١) فتكون خصوصية الغلط هنا من ناحيتين: أولا- أنه غلط خاص بوفاء العين المبيعة. بالغرض المقصود منها. ثانياً- أنه غلط يفترضه القانون ويعفى المشترى من إثباته، فيصدق المشترى بقوله دون يمين.

(٢) ونشير هنا فى إيجاز إلى أن أثر تعليق البيع على الشرط فى نقل الملكية. فإذا كان الشرط واقفاً، فان الملكية الباتة لا تنتقل إلى المشترى بل تنتقل إليه ملكية معلقة على شرط واقف، وتبقى عند البائع ملكية معلقة على نفس الشرط ولكنه شرط فاسخ. ويترتب على ذلك النتائج الآتية: (أ) يمكن تسجيل البيع فى العقار قبل تحقق الشرط الواقف، بل إن التسجيل يبدو ضرورياً فى حق الغير، فان المشترى إذا سجل البيع وتحقق الشرط استطاع أن يحتج بالبيع على أى شخص يكون قد كسب حقاً عينياً على المبيع بعد التسجيل وقبل تحقق الشرط. (ب) ويجب فى هذه الحالة دفع رسوم التسجيل، فإذا لم =

وأجل[1] ومن التزام تخييرى[2] والتزام بدلى[3]، وكذلك فى البيع بالعربون[4]، هى التى تنطبق، فلا نعود إليها هنا[5].

=يتحقق الشرط وزال البيع بأثر رجعى، ردت هذه الرسوم إلى المشترى. وإذا لم يسجل المشترى البيع إلا بعد تحقق الشرط، فان رسوم التسجيل الواجبة فى هذه الحالة هى الرسوم التى كانت نافذة وقت البيع، لأن الملكية انتقلت إلى المشترى بأثر رجعى يستند إلى هذا الوقت، لا الرسوم التى تكون نافذة وقت التسجيل بفرض أن هناك تعديلات أخرى فى رسوم التسجيل فزاد فيها أو نقص منها. (جـ) يثبت للبائع فى ذمة المشترى أثناء تعليق الشرط حق فى الثمن، وهو حق معلق على شرط واقف، يجوز للبائع النزول عنه للغير خاضعاً لهذا الشرط. (د) ولكن تبعة هلاك المبيع قبل تحقق الشرط تكون على البائع، تحقق الشرط بعد ذلك أو تخلف، إذ لا يكون للشرط فى هذه الحالة أثر رجعى (م٢/٢٧٠ مدنى)- وأما إذا كان الشرط فاسخا، فالذى ينتقل إلى المشترى هو ملكية معلقة على شرط فاسخ، وتبقى عند البائع ملكية معلقة على نفس الشرط ولكنه شرط واقف. ويترتب على ذلك النتائج الآتية: (أ) يجب على المشترى تسجيل البيع فى العقار حتى تنتقل إليه الملكية المعلقة على شرط فاسخ حتى فيما بينه وبين البائع. (ب) رسوم التسجيل واجبة الدفع هى الرسوم النافذة وقت حصول التسجيل وإذا تحقق الشرط الفاسخ فزال البيع بأثر رجعى، لم ترد رسوم التسجيل إلى المشترى، وهذا خلاف ما يقتضيه الأثر الرجعى لتحقق الشرط الفاسخ. ولكن البائع لا يدفع رسوماً جديدة عندما يسترد الملكية بسبب تحقق الشرط الفاسخ، ويقتصر على التأشير على هامش التسجيل السابق بتحقق الشرط. وإذا لم يسجل المشترى البيع ثم أصبح واضحاً أن الشرط الفاسخ قد تخلف، فأصبحت ملكية المشترى ملكية باتة، وسجل المشترى البيع عند ذلك، فانه يعتبر مالكاً من وقت البيع لا من وقت تحقق الشرط، فيدفع رسوم التسجيل التى كانت نافذة وقت البيع لا تلك التى تكون نافذة وقت التسجيل. (جـ) يثبت للبائع فى ذمة المشترى أثناء تعليق الشرط حق فى الثمن، وهو حق معلق على شرط فاسخ، يجوز للبائع النزول عنه خاضعاً لهذا الشرط. (د) تبعة هلاك المبيع بعد تسليمه، إذ هلك المبيع أثناء تعليق الشرط، تكون على المشترى ولو تحقق الشرط الفاسخ، إذ لا يكون لتحققه أثر رجعى (م٢/٢٧٠ مدنى).

انظر فى تعليق البيع على شرط واقف استئناف مختلط ٢ مارس سنة ١٩١١ م٢٣ ص٢٠٨ وفى خيار الشرط للبائع (pactum additionis in diem) وخيار الشرط لكل من المتبايعين (pactum displicentiae)، فإذا لم يعدل من له الخيار عن البيع فى الميعاد المتفق عليه أصبح البيع باتا: استئناف مختلط ٥ ديسمبر سنة ١٩١٢ م٢٥ ص٥١- أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٢ ص٤٤).

(١) اقتران البيع بالأجل لا شأن له بالالتزام بنقل الملكية، إذ الملكية لا تقترن بأجل. والذى يؤجل فى البيع عادة هو تسليم المبيع إلى المشترى ودفع الثمن إلى البائع. وقد يشترط دفع الثمن على أقساط سنوية يشتمل كل قسط منها على الجزء المستحق من الثمن سنوياً وأرباح هذا الجزء مع أرباح المبالغ الباقية من الثمن، فيعتبر كل قسط جزءاً من الثمن فلا يسقط بخمس سنوات بل بخمس عشرة سنة ولو أنه يشمل فى جزء منه الفوائد المستحقة (الأستاذان أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ٥٢٩).

(٢) فيقع البيع على أشياء متعددة، يكون خيار التعيين فيها إما للمشترى وإما للبائع.

(٣) فيقع البيع على شئ معين، ولكن يجوز للبائع أن يستبدل به شيئاً آخر فتبرأ ذمته.

(٤) أنظر فى البيع بالعربون آنفاً فقرة ٤٤- فقرة ٤٦.

(٥) وتوجد بيوع موصوفة تقع كثيراً فى التأمل التجارى، منها: (أ) البيع بالغليارة (vente par filière)، وهو بيع ينتهى إلى دفع الفروق (استئناف مختلط ٥مايو سنة ١٩٢٠ م٣٢ ص٣٠٦).=

وإنما نقف عند بعض بيوع موصوفة كثيرة الوقوع في العمل. فنبسط ما يميزها من خصائص، ونختار البيوع الآتية: (١) البيع بشرط التجربة (vente à la dégustation) (٢) البيوع بشرط المذاق (vente à l'essai) (٣) بيع الوفاء (vente à réméré) (٤) البيع بالتقسيط مع الاحتفاظ بالملكية حتى استيفاء الثمن (vente à tempéra- ment) أو الإيجار الساتر للبيع (location- vente) (٥) البيع مع حق التقرير بالشراء عن الغير (vente avec faculté d'élire commande).

١ – البيع بشرط التجربة

(Vente à l'essai)

٦٧– النصوص القانونية: تنص المادة ٤٢١ من التقنين المدني على ما يأتي:

١ – في البيع بشرط التجربة يجوز للمشترى أن يقبل المبيع أو يرفضه، وعلى البائع أن يمكنه من التجربة. فإذا رفض المشترى المبيع وجب أن يعلن الرفض في المدة المتفق عليها، فان لم يكن هناك اتفاق على المدة ففي مدة معقولة يعينها البائع، فان انقضت هذه وسكت المشترى مع تمكنه من تجربة المبيع اعتبر سكوته قبولا».

«٢– ويعتبر البيع بشرط التجربة معلقاً على شرط واقف هو قبول المبيع، إلا إذا تبين من الاتفاق أو الظروف أن البيع معلق على شرط فاسخ»[١].

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ٣٠٨/٢٤٢[٢].

= (ب) بيع المحمول في سفينة معينة (vente sur navire désigné)، وتعين في السفينة التي تحمل المبيع، فإذا لم يأت في السفينة المعينة كان لابد من إعذار البائع لإمكان فسخ البيع (استئناف مختلط ٢٨ يناير سنة ١٩٢٥ م٣٧ ص١٩٦)، وأنظر أيضاً في هذا الضرب من البيع: استئناف مختلط ١٢ أبريل سنة ١٩٢٢ م٣٤ ص٣١٢– ١٠ مايو سنة ١٩٢٢ م٣٤ ص٣٩١ – ٢٣ مايو سنة ١٩٢٣ م٣٥ ص٤٦٠– ١٢ مايو سنة ١٩٢٦ م٣٨ ص٤٠٢ – ٣ يناير سنة ١٩٤٥ م٥٧ ص٧٣ – ١٦ مايو سنة ١٩٤٥ م٥٧ ص١٥٤– (جـ) البيع بشرط سلامة الوصول (vente à l'heureuse arrivée du navire)، (أنظر بودرى وسينيا ص١٩٣– ص١٩٤)– (د) البيع بثمن شامل لمصروفات النقل والتأمين (la clause coût, Frêt assurance compris- Caf., Cif.) وسنعود إليه فيما يلي (أنظر فقرة ٢٤٨).

(١) **تاريخ النص:** ورد هذا النص في المادة ٥٦١ من المشروع التمهيدى على وجه يكاد يكون مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد، وفي لجنة المراجعة أدخل على النص تعديل لفظي طفيف أصبح بعده مطابقاً، وأصبحت المادة رقمها ٤٣٤ في المشروع النهائي. ووافق عليه مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٢١ (مجموعة الأعمال التحضيرية٤ ص٢٥– ص٢٧).

(٢) **التقنين المدني السابق م٣٠٨/٢٤٢:** البيع على شرط التجربة يعتبر موقوفاً على تمام الشرط.

«ولا فرق في الأحكام بين التقنينين السابق والجديد، إلا أن نص التقنين السابق جاء مقتضباً واقتصر على تقرير أن البيع بشرط التجربة يعتبر بيعاً معلقاً على شرط واقف. أما التقنين الجديد فاعتبر أن هذا=

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى: في التقنين المدني السوري المادة ٣٨٩ – وفي التقنين المدني الليبي المادة ٤١٠– وفي التقنين المدني العراقي المادة ٥٢٤– وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٣٧٤ بند ٣ والمادة ٣٩١[١].

ويخلص من النص أن البيع قد يعلق على شرط التجربة، فنبحث في هذا الصدد المسائل الآتية: (١) كيف يعلق البيع على شرط التجربة، (٢) كيف تكون التجربة والوقت الذى تتم فيه، (٣) التجربة كشرط واقف، (٤) التجربة كشرط فاسخ.

٦٨– كيف يعلق البيع على شرط التجربة: يكون ذلك عادة بأن يشترط المشترى أن يجرب المبيع ليتبين صلاحيته للغرض المقصود منه أو ليستوثق من أن المبيع هو الشئ الذى يطلب، ولا يكون مجرد رؤية المبيع كافياً للاستيثاق من ذلك.

وأكثر ما يكون شرط التجربة صريحاً. ولكنه قد يكون ضمنياً ، يستخلص من طبيعة المبيع أو من ظروف التعامل. فشراء ملابس ينطوى عادة على شرط ضمني أن المشترى قد اشتراها بشرط تجربتها، حتى إذا كانت لا تناسبه نقض البيع[٢]. وشراء آلات ميكانيكية للزراعة أو الصناعة أو لغير ذلك من الأغراض، إذا كانت من الدقة بحيث لا يستوثق من صلاحيتها إلا بعد تجربتها، تفترض فيه التجربة شرطاً ضمنياً. وإذا اشترى شخص سيارة مستعملة لم يسبق له فحصها، فالغالب أن يشترط أن يكن البيع بشرط التجربة، وكثيراً ما يكون هذا الشرط مفهوماً ضمناً من ظروف التعامل ومن سبق استعمال السيارة. وقد يستقر

= هو الأصل، إلا إذا تبين من الاتفاق أو الظروف أن البيع معلق على شرط فاسخ. ثم يبين التقنين الجديد كيف تتم التجربة، والمدة التى تتم فيها، وما هو حكم سكوت المشترى عن القبول أو الرفض مع تمكنه من تجربة المبيع، وهذه كلها مسائل لا تخلو من أهمية عملية: المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية٤ ص٢٥-٢٦).

(١) **التقنينات المدنية العربية الأخرى:**

التقنين المدني السورى م٣٨٩ (مطابقة للمادة ٤٢١ من التقنين المدني المصرى – وانظر في القانون المدني السورى الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٥٦– فقرة ٦٢).

التقنين المدني الليبي م٤١٠ (مطابقة للمادة ٤٢١ من التقنين المدني المصرى).

التقنين المدني العراقي م٥٢٤ (مطابقة للمادة ٤٢١ من التقنين المدني المصرى – وانظر في القانون المدني العراقي الأستاذ حسن الذنون فقرة ٨١ – فقرة ٨٧ والأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٢١٧ – فقرة ٢٢٤).

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م٣٧٤ بند ٣: يكون البيع: ١– إما .. ٣– وإما على شرط التجربة.

م٣٩١: إن البيع على شرط التجربة يعد في جميع الأحوال منعقداً على شرط التعليق. (ولا فرق بين التقنين اللبناني والتقنين المصرى، غير أن التقنين اللبناني لما جعل بيع التجربة منعقداً على شرط التعليق لم يبين هل الأصل في هذا الشرط أن يكون شرطاً واقفاً أو شرطاً فاسخاً، أما التقنين المصرى فقد بين كما رأينا أن الأصل في شرط التجربة أن يكون شرطاً واقفاً).

(٢) بودرى وسينيا فقرة ١٦٤ – بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢٤٨.

العرف في أشياء معينة أن يكون شراؤها معلقاً على شرط التجربة، فيفهم الشرط ضمناً عن طريق العرف.

ونرى من ذلك أن البيع بشرط التجربة يقع عادة على الأشياء التي لا يمكن الاستيثاق منها إلا بعد استعمالها، كالملابس والآلات الميكانيكية والآلات الكاتبة والتركيبات الكيماوية والأسمدة والسيارات والآلات الفوتوغرافية والصور والتابلوهات والراديوهات والأثاث المنزلي وكلاب الصيد وخيل السباق ونحو ذلك. وكل هذه الأشياء منقول، ولكن لا يوجد مانع من أن يقع بيع التجربة على عقار فيشترط المشترى لمنزل يريد سكناه أن يكون البيع بشرط التجربة.

٦٩ – كيف تكون التجربة والوقت الذى تتم فيه: إذا كان البيع بشرط التجربة، وجب أن يمكن البائع المشترى من تجربة المبيع، ويكون ذلك عادة بتسليمه إياه لاستعماله بنفسه[١]. وليس من الضرورى أن تكون التجربة بمحضر من البائع، فيجوز أن يجرب المشترى المبيع للاستيثاق من صلاحيته بعيداً عن البائع.

والتجربة يقصد بها أحد أمرين:

١– إما لتبين أن المبيع صالح للغرض المقصود منه، كأن يكون آلة ميكانيكية للحرث أو للدراسة، فيجربها المشترى ومتى تبين أنها تصلح للحرث أو للدراسة فلا يستطيع أن يتحكم وينقض البيع بدعوى أن المبيع غير صالح. فالصلاحية هنا معيارها وفاء المبيع بالأغراض المقصودة منه، فمتى وجد المبيع صالحاً للوفاء بهذه الأغراض فلا يملك المشترى أن يرفضه، وإذا وقع خلاف حسمه الخبراء. وهنا يقترب معنى صلاحية المبيع من معنى خلوه من العيوب الخفية إذ المبيع غير الصالح يكون منطوياً عادة على عيب خفى يجعله غير صالح.

٢– وإما للإستيثاق من أن المبيع يستجيب لحاجة المشترى الشخصية، فإذا اشترى ملابس أو فرساً أو منزلاً للسكنى بشرط التجربة، فالعبرة ليست بصلاحية المبيع فى ذاته بل بملاءمته للمشترى. فقد تكون الملابس أو الفرس أو المنزل صالحة فى ذاتها، ولكن المشترى لم ترقه الملابس أو لم يجد فى الفرس صفات خاصة كان يتطلبها أو لم يرق للسكنى فى المنزل، فله عند ذلك أن يرفض المبيع، والقول فى ذلك قوله هو لا قول الخبراء. وقد عرضت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى لهذا الأمر الثانى إذ تقول: «ولم يقتصر المشروع على إدخال هذا التعديل، بل بين كيف تتم التجربة، فقرر إلزام البائع

(١) وللمشترى مطالبة البائع بتسليم المبيع لتجربته، حتى لو حجز عليه دائن البائع، وحتى لو أفلس البائع بعد البيع وقبل التسليم. ولو كان بيع التجربة معلقاً على شرط واقف، فانه بتحقق الشرط ورضاء المشترى بالمبيع بعد تجربته يعتبر مالكاً إياه من وقت البيع أى من وقت سابق على الحجز والإفلاس، ومن باب أولى لو كان بيع التجربة معلقاً على شرط فاسخ (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢١١ ص٢٤٩ – كولان وكابيتان ٢ فقرة ٨٣٧).

بتمكين المشترى من تجربة المبيع، وللمشترى حرية القبول أو الرفض، فهو وحده الذ
يتحكم فيه نتيجة التجربة. وقد جارى المشروع فى ذلك التقنين الألمانى (م٤٩٥) والتقني
النمساوى (م١٠٨٠ معدلة) وتقنين الالتزامات السويسرى (م٢٢٣) والتقنين البولوني
(م٣٣٩)، فان المفروض أن يكون المبيع من الأشياء التى يتطلب فيها أن تناسب المشتر
مناسبة شخصية، فهو وحده الذى يستطيع أن يقرر ذلك»[١]. وغنى عن البيان أن ما ور
فى المذكرة الإيضاحية إنما يفرض الأمر الثانى ويعتبره هو المتفق عليه بين المتبايعين، ولكن
ذلك لا يمنع من أن يتفقا على أن المقصود بالتجربة هو الأمر الأول، أى أن يكون الشى
صالحاً فى ذاته للأغراض المقصودة منه، ومتى وقع خلاف بين الطرفين فى ذلك حسم
الخلاف أهل الخبرة[٢]. فالعبرة إذن باتفاق المتبايعين، فان قصدا من التجربة صلاحية الشئ
فى ذاته كان للخبراء القول الحاسم، وإن قصدا منها مناسبة الشئ لحاجة المشترى الشخصية
كان قول المشترى هو القول الأخير. وإذا وقع شك فى قصدهما، فالمفروض – نظراً لعبارة
النص ولما جاء فى المذكرة الإيضاحية – أن المقصود هنا مناسبة المبيع لحاجة المشترى،
فيكون للمشترى القول الحاسم فى صلاحية المبيع.

والتجربة – سواء كان القصد منها تبين الصلاحية فى ذاتها أو المناسبة لحاجة المشترى الشخصية – يجريها المشترى بنفسه فى العادة، لا سيما إذا كان القصد منها الاستيثاق من مناسبة المبيع لحاجته. ولكن قد يستعين فيها برأى صديق أو رأى خبير، كما فى الصور والتابلوهات والآلات الميكانيكية[٣].

وكثيراً ما يحدد المتبايعان وقتاً معيناً يعلن فيه المشترى نتيجة التجربة[٤]. فإذا لم يحددا

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص٢٦.

(٢) أنظر فى أن التجربة يقصد منها ذلك غالباً بودرى وسينيا فقرة ١٦٥– وأنظر لوران ٢٤ فقرة ١٤٨ – أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٤٩ ص١٣. وانظر فى الفقه المصرى: الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٣٨ ص٥٢ – ص٥٣ – الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٣١ ص٥١– الأستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ١١٢ ص١٦٧ وهامش رقم٤ – الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٤٩ ص٨٥ – ص٨٦. الأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٢٢٠ (فى الفقه العراقى) وقارن الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٢ ص٥٧– ص٥٨– الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٨٤ ص١٥٥ – الأستاذ جميل الشرقاوى فقرة ٢٦ ص٥٩– الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٦٢ (فى الفقه السورى). الأستاذ حسن الذنون فقرة ٨٢ (فى الفقه العراقى).

(٣) وإذا مات المشترى قبل التجربة، انتقل حقه إلى ورثته (تسبيه فقرة ١٧١– ترولون ١ فقرة ١١٢– جيوار ١ فقرة ٤٦– الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٣٨– الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٨٤ ص١٥٧).

(٤) فإذا لم يتمكن المشترى من تجربة المبيع فى المدة المحددة لسبب أجنبى لا يد له فيه، فالظاهر أن يكون البائع بالخيار، إما أن يمهل المشترى مدة أخرى لتجربة المبيع: وإما أن يفسخ البيع فيتحلل من التزاماته. وللمشترى أن يمنع البائع من الفسخ إذا هو قبل المبيع بالرغم من عدم تمكنه من تجربته (أنظر فى هذا المعنى فى القانون السورى الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٦٠ ص٩٣).

وقتاً لذلك، جاز للبائع أن يقوم هو بتحديد مدة معقولة، وللقضاء حق الرقابة عليه في ذلك[1].

فان قبل المشتري المبيع أو رفضه في خلال مدة التجربة، اعتبر البيع من وقت إعلان القبول أو الرفض بيعاً تاماً أو كأنه لم يكن تبعاً للقبول أو الرفض[2]. أما إذا انقضت المدة، وسكت المشتري عن القبول أو الرفض مع تمكنه من تجربة المبيع[3]، فان سكوته يعد قبولا. ذلك أن التجربة شرط علق عليه البيع، وقد جعله المشتري بامتناعه عن التجربة أو بامتناعه عن إعلان نتيجتها مستحيلا، فيعتبر الشرط إذا كان واقفاً أنه تحقق، وإذا كان فاسخاً أنه تخلف، طبقاً للقواعد المقررة في الشرط[4].

٧٠– التجربة شرط واقف: بقي أن نبين هل شرط التجربة الذي علق عليه البيع شرط واقف أو هو شرط فاسخ. تجيب الفقرة الثانية من المادة ٤٢١ مدني، كما رأينا، بأن البيع بشرط التجربة يعتبر «معلقاً على شرط واقف هو قبول المبيع، إلا إذا تبين من الاتفاق أو الظروف أن البيع معلق على شرط فاسخ». فالأصل إذن أن يكون شرط التجربة شرطاً واقفاً، وإذا لم يبين المتعاقدان صراحة أو ضمناً أنهما أرادا شرطاً فاسخاً، أو كان هناك شك فيما قصدا إليه، كان المفروض أنهما أرادا أن تكون التجربة شرطا واقفاً.

ويكون المشتري بشرط التجربة في هذه الحالة مالكاً تحت شرط واقف[5]، ويبقى البائع مالكاً للمبيع تحت نفس الشرط ولكنه يكون شرطاً فاسخاً بالنسبة إليه. والشرط الذي يعتبر واقفاً بالنسبة إلى المشتري وفاسخاً بالنسبة إلى البائع هو قبول المشتري المبيع بعد تجربته، باعلانه هذا القبول إلى البائع في الميعاد المتفق عليه أو الميعاد المعقول الذي حدده

(١) وإذا سكت المشتري وقتاً طويلاً دون أن يعلن نتيجة التجربة، فالمفروض أن بقاءه ساكتاً هذه المدة الطويلة يتضمن قبوله المبيع (استئناف مختلط ٧ يونية سنة ١٩٠٠ م١٢ ص٣٠٤ – ٢ مايو سنة ١٩٠٨ م٢٠ ص٢٣٩).

(٢) وقد يتفق المتبايعان على أنه في حالة رفض المشتري للشيء بعد تجربته يجب عليه شراء شيء آخر من نفس البائع، فان أمكن تخريج هذا الاتفاق على أنه وعد بالشراء من جانب المشتري – بأن ذكر ثمن الشيء الآخر على وجه التحديد أو قيل مثلا إن ثمن الشيء الآخر يعدل ثمن الشيء المرفوض – التزم المشتري بالشراء. أما إذا لم يذكر الثمن، لم يقم الوعد بالشراء، ولم يلتزم المشتري عند رفضه المبيع أن يشتري شيئاً آخر مكانه (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢١٢ ص٢٥٠).

(٣) وقد بينا الحكم فيما إذا لم يتمكن المشتري من التجربة لسبب أجنبي لا يد له فيه (أنظر نفس الفقرة في الهامش).

(٤) جيوار ٢ فقرة ٤٥– بودري وسينيا فقرة ١٦٩– بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢١٢ – وقارن أوبري ورو ٥ فقرة ٣٤٩ ص١٣ – وانظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص٣٦.

(٥) ومع ذلك فقد قضت محكمة النقض (الدائرة الجنائية) بأن بقاء الشيء تحت يد المشتري على شرط التجربة يعتبر على سبيل الوديعة، فإذا تصرف فيه يعد خائناً للأمانة، وذلك لأنه ثبت لها أن الطرفين قد اتفقا على بقاء الملكية للبائع حتى يجرب المشتري المبيع (نقض جنائي ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ٢٤٧ ص٥٤٩).

البائع على التفصيل الذي قدمناه. فالشرط يتحقق بقبول المبيع[1]. ومتى تحقق الشرط أصبحت ملكية المشتري للمبيع ملكية باتة بأثر رجعي، فاستندت إلى وقت البيع لا إلى وقت القبول فحسب. وزالت ملكية البائع بأثر رجعي أيضاً، فاستند زوالها إلى وقت البيع. ومن ثم تزول كل الحقوق العينية التي ترتبت على المبيع من جهة البائع في خلال مدة التجربة، وتبقى تلك التي ترتبت من جهة المشتري. ويتخلف الشرط برفض المشتري للمبيع، وإعلانه هذا الرفض للبائع في الميعاد. ومتى تخلف الشرط، زال البيع بأثر رجعي واعتبر كأن لم يكن. وزالت مع البيع بأثر رجعي ملكية المشتري التي كانت معلقة على شرط واقف، وأصبحت ملكية البائع التي كانت معلقة على شرط فاسخ ملكية باتة منذ البداية. وتبقى الحقوق العينية التي ترتبت على المبيع من جهة البائع في خلال مدة التجربة، وتزول تلك التي ترتبت من جهة المشتري. أما إذا سكت المشتري عن إعلان القبول أو الرفض مع تمكنه من تجربة المبيع، فقد رأينا أنه بسكوته هذا جعل تحقق الشرط مستحيلا، فيعتبر الشرط قد تحقق وأن المشتري قبل المبيع، وتجري الأحكام التي قدمناها في حالة تحقق الشرط. وتقول الفقرة الأولى من المادة ٤٢١ مدني في هذا المعنى، كما رأينا، أنه «إذا انقضت المدة وسكت المشتري مع تمكنه من تجربة المبيع، اعتبر سكوته قبولا».

وإذا اعتبرنا التجربة شرطاً واقفاً، كما هو الأصل، وهلك المبيع بسبب أجنبي وهو لا يزال تحت التجربة وقبل تبين مصير الشرط، هلك على البائع. ذلك لأن البائع هو المالك للمبيع تحت شرط فاسخ، ولأن الشرط إذا تحقق – ويتعذر أن يتحقق في هذه الحالة فان المشتري لن يقبل المبيع بعد أن هلك – لم يكن لتحققه أثر رجعي، فيبقى المالك وقت هلاك المبيع هو البائع لا المشتري، فيهلك على البائع[2].

(١) ولا يقال إنه شرط إرادي متوقف على إرادة المشتري، إذ المشتري، هو الدائن بنقل الملكية ويجوز أن يكون الشرط متوقفاً على إرادة الدائن، أما الشرط الإرادي المحض الذي يبطل العقد فهو الذي يتوقف على إرادة المدين. أما التزام المشتري بدفع الثمن، فانه إذا ألغاه بارادته المحضة ألغى في مقابل ذلك حقه في انتقال الملكية إليه. هذا إلى أنه لو كان المقصود من التجربة تبين صلاحية الشيء في ذاته، لم يكن الأمر موكولا إلى محض إرادة المشتري، بل القول الحاسم عند النزاع للخبراء (أنظر الأستاذ محمد كامل مرسي فقرة ٨٤ ص١٥٧).

(٢) ولا يمنع من صحة هذا الحكم أن المشتري قد تسلم المبيع لتجربته وأن هلاك المبيع يكون على المشتري بعد التسليم، فإن ذلك إنما يكون في البيع المنجز، أما والبيع معلق على شرط واقف فالهلاك يكون على البائع (الوسيط جزء ٣ ص٧٣ هامش رقم١– الأستاذ عبد الحي حجازي ١ ص١٨٠ – وقارن الأستاذ مصطفى الزرقا في عقد البيع في القانون المدني السوري ص٩٠– ص٩٢).

أما في القانون المدني العراقي، حيث يجب التمييز بين يد الأمانة ويد الضمان، فإن يد المشتري في بيع التجربة هي يد ضمان، فيكون الهلاك عليه ولو كانت التجربة شرطاً واقفاً وهلك المبيع قبل أن يتحقق الشرط (انظر في هذا المعنى الأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٢٢٤). ويؤيد ذلك أن هلاك المقبوض على سوم الشراء في القانون العراقي يكون على القابض، وليس المشتري بشرط التجربة بأدنى حالا في أن تكون تبعة الهلاك عليه من القابض على سوم الشراء، بل إن المشتري بشرط التجربة، وقد انعقد البيع وانتقلت الملكية معلقة على شرط واقف، أولى بتحمل تبعة الهلاك من القابض على =

٧١- التجربة شرط فاسخ: على أنه يجوز للمتبايعين أن يتفقا على أن تكون التجربة شرطاً فاسخاً. ويكون الاتفاق على ذلك صريحاً، أو ضمنياً يستخلص من الظروف وملابسات التعاقد. فعند ذلك ينفذ البيع منذ البداية، ويصبح المشترى مالكاً للمبيع ملكية معلقة على شرط فاسخ، بينما يصبح البائع مالكاً له ملكية معلقة على شرط واقف. والشرط هنا يصبح عدم قبول المشترى للمبيع وإعلان البائع لهذا الرفض، فهذا هو الشرط الفاسخ بالنسبة إلى المشترى، وهو فى الوقت ذاته شرط واقف بالنسبة إلى البائع. فإذا تحقق الشرط، بأن أعلن المشترى البائع رفضه للمبيع، انفسخ البيع بأثر رجعى، واعتبر المشترى كأن لم يملك المبيع والبائع كأنه هو المالك منذ البداية، وتزول الحقوق التى ترتبت من جهة المشترى على المبيع وتبقى تلك التى ترتبت من جهة البائع. أما إذا تخلف الشرط - أو صار فى حكم المتخلف بأن سكت المشترى عن القبول أو الرفض - فان البيع يصبح باتاً، ويعتبر المشترى مالكاً للمبيع ملكية باتة منذ البداية، وتزول ملكية البائع بأثر رجعى. وتبقى الحقوق التى ترتبت من جهة المشترى على المبيع، بينما تزول الحقوق التى ترتبت من جهة البائع[1].

وإذا هلك الشئ بسبب أجنبى، هلك على المشترى لا على البائع، لأنه وقت أن هلك كان ملك المشترى، وذلك حتى لو تحقق الشرط فليس لتحققه أثر رجعى (م٢٧٠/٢ مدنى).

٢ - البيع بشرط المذاق

(vente à la dégustation- vente ad gustum)

٧٢- النصوص القانونية: تنص المادة ٤٢٢ من التقنين المدنى على ما يأتى:

=سوم الشراء ولم ينعقد له بيع ولم تنتقل إليه ملكية. وقد ورد نص صريح فى التقنين المدنى العراقى يجعل تبعة الهلاك على القابض على سوم الشراء، إذ تنص الفقرة الأولى من المادة ٥٤٨ من هذا التقنين على أن «ما يقبض على سوم الشراء مع تسمية الثمن إذا هلك أو ضاع فى يد القابض، لزمه الضمان. أما إذا لم يسم له ثمن، كان أمانة فى يده، فلا يضمن إذا هلك أو ضاع دون تعد أو تقصير منه».

(١) وإذا كانت التجربة شرطاً فاسخاً، فإن البيع بشرط التجربة يكون قريباً من صورة البيع مع ضمان البائع صلاحية المبيع لمدة معلومة. وقد نصت المادة ٤٥٥ مدنى فى صدد هذه الصورة الأخيرة على ما يأتى: «إذا ضمن البائع صلاحية المبيع للعمل مدة معلومة ثم ظهر خلل فى المبيع، فعلى المشترى أن يخطر البائع بهذا الخلل فى مدة شهر من ظهوره، وأن يرفع الدعوى فى مدة ستة شهور من هذا الإخطار، وإلا سقط حقه فى الضمان - كل هذا ما لم يتفق على غيره». ففى هذه الصورة الأخيرة تقتصر تجربة المبيع على التثبت من صلاحيته للعمل مدة معينة، فإذا ظهر المبيع غير صالح للعمل - والحكم فى ذلك للخبراء - كان على المشترى أن يخطر البائع بما فى المبيع من خلل فى مدة شهر من ظهور الخلل وأن يرفع دعوى ضمان فى مدة ستة شهور من هذا الإخطار. فيختلف هذا البيع إذن عن بيع التجربة، إذ هو لا ينطوى على شرط فاسخ إذا تحقق انفسخ البيع من تلقاء نفسه، بل لابد من فسخ البيع بالتقاضى أو بالتراضى. وسنعود إلى هذا البيع عند الكلام فى ضمان العيوب الخفية (أنظر ما يلى فقرة ٣٨٠)=

«إذا بيع الشئ بشرط المذاق، كان للمشترى أن يقبل المبيع إن شاء، ولكن عليه أن يعلن هذا القبول فى المدة التى يعنيها الاتفاق أو العرف، ولا ينعقد البيع إلا من الوقت الذى يتم فيه هذا الإعلان»[1].

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق، ولكن الحكم كان معمولا به دون نص[2].

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى: فى التقنين المدنى السورى المادة ٣٩٠ - وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٤١١ - وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٥٢٥- ويقابل فى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٣٧٤ بند ٤ والمادة ٣٩٢[3].

٧٣- كيف يعلق البيع على شرط المذاق: يكن ذلك عادة بأن يشترط المشترى على

(١) **تاريخ النص:** ورد هذا النص فى المادة ٥٦٢ من المشروع التمهيدى على وجه يقارب ما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد، وفى لجنة المراجعة عدل تعديلاً لفظياً طفيفاً فأصبح مطابقاً للتقنين الجديد، وأصبحت المادة رقمها ٤٣٥ فى المشروع النهائي. ووافق عليها مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٢٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية٤ ص٢٧-ص٢٩).

(٢) اختلف الفقه المصرى، فى عهد التقنين السابق، فى بيع المذاق لانعدام النص. فذهب فريق إلى أن للمشترى حق المذاق فى كل الأشياء التى اعتاد الناس مذاقها قبل شرائها، وفقاً للعرف وتطبيقاً للمادة ٣١١/٢٤٥ مدنى سابق (جرانمولان فقرة ١٩٥). وذهب فريق ثان إلى أن بيع المذاق اندمج حكمه فى أحكام العلم بالمبيع، لأن العلم بالمبيع علماً كافياً قد لا يتحقق إلا بالمذاق (الأستاذ محمد حلمى عيسى فقرة ١٠٦٧). وذهب فريق ثالث إلى أن بيع المذاق اندمج فى بيع التجربة المنصوص عليه فى التقنين السابق (الأستاذان أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ٥٢٧). والرأيان الأخيران لا يمكن الأخذ بهما، لأن عدم العلم بالمبيع لا يمنع من انعقاد البيع أما شرط المذاق فيحول دون انعقاده، ولأن بيع التجربة ينعقد معلقاً على شرط وبيع المذاق لا ينعقد قبل المذاق. والرأى الأول هو الرأى الذى اختاره التقنين المدنى الجديد، وقننه فى المادة ٤٢٢ سالفة الذكر، فتعتبر هذه المادة مفسرة لأحكام التقنين المدنى السابق ويسرى حكمها حتى على العقود التى أبرمت قبل نفاذ التقنين المدنى الجديد (انظر فى هذا المعنى الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٣ ص٦١ - ص٦٣ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٣٩ ص٥٤- الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٥١ ص٨٨).

(٣) **التقنينات المدنية العربية الأخرى:**

التقنين المدني السورى م٣٩٠ (مطابقة للمادة ٤٢٢ من التقنين المدنى المصرى - أنظر فى القانون المدنى السورى الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٦٣- فقرة ٦٥).

التقنين المدنى الليبى م٤١١ (مطابقة للمادة ٤٢٢ من التقنين المدنى المصرى).

التقنين المدنى العراقى م٥٢٥ (مطابقة للمادة ٤٢٢ من التقنين المدنى المصرى).

(أنظر فى القانون العراقى الأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٢٢٥ - فقرة ٢٢٧ - والأستاذ حسن الذنون فقرة ٨٩ - فقرة ٩٤ ويرى أن خيار الرؤية كان يغنى عن بيع المذاق).

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م٣٧٤ بند ٤: يكون البيع: ١)... ٤) واما على شرط المذاق.

م٣٩٢: إن البيع على شرط المذاق لا يعد تاما ما دام المشترى لم يقبل المبيع - (وأحكام التقنين اللبنانى متفقة مع أحكام التقنين المصرى).

البائع ألا يتم البيع إلا إذا ذاق المشترى المبيع وقبله. وهذا الشرط قد يكون صريحاً، وقد يكون ضمنياً يستخلص من الظروف والملابسات. ومن أهم الظروف التى يستخلص منها هذا الشرط طبيعة المبيع، فمن المبيعات ما لا يدرك كنهه إدراكاً تاماً إلا بمذاقه، وذلك كالزيت والزيتون والخل وبعض أنواع الفاكهة والنبيذ ونحو ذلك من المأكولات والمشروبات التى تختلف فيها أذواق الناس. فالمفروض أنه إذا بيع شئ من ذلك ولم تدل الظروف على أن المتبايعين أرادا استبعاد شرط المذاق، فقد قصد المتبايعان أن يكون البيع بشرط المذاق، فلا يتم إلا بعد المذاق وقبول المشترى للمبيع.

على أنه قد يتفق المتبايعان على استبعاد شرط المذاق حتى فى المأكولات التى تقدمت الإشارة إليها، وقد يستخلص هذا الاتفاق ضمناً من الظروف والملابسات. فإذا كان المشترى تاجراً يتجر فى مثل هذه الأشياء، واشترط على البائع بالجملة أن يبيعه منها كميات معينة، على أن تكون من صنف جيد أو من صنف متوسط أو من الصنف التجارى المألوف، وعلى أن ترسل إلى مكان المشترى وهو بعيد عن مكان البائع، فهذه الظروف كلها يمكن أن يستخلص منها أن البيع بات وقد نزل المشترى عن شرط المذاق، فهو تاجر يبيع لعملائه وليس لذوقه الشخصى دخل فى الصفقة، وقد اشترط الصنف الذى يريد وهذا أمر يترك لتقدير الخبراء عند النزاع، وإرسال البضاعة إلى مكان بعيد يفهم منه أن الصفقة قد تمت وإلا لما خاطر البائع بإرسالها إلى هذا المكان البعيد قبل أن تتم. وكذلك إذا تم البيع على موجب عينة، فالمفروض أن المشترى البعيد قبل أن تتم. وكذلك إذا تم البيع على موجب عينة، فالمفروض أن المشترى قد ذاق العينة وأقرها، وأن المبيع الذى يجئ وفق العينة يكون البيع باتاً فيه وأن اختلافه عن العينة يكون محل تقدير الخبراء[1].

٧٤- كيف يتم المذاق - الزمان والمكان اللذان يتم فيهما: يتم المذاق فى الزمان والمكان اللذين يتفق عليهما المتبايعان. فان لم يكن هناك اتفاق، لا صريح ولا ضمنى، على الزمان والمكان، اتبع عرف الجهة. فان لم يكن عرف، فالمذاق يتقدم تسلم المشترى المبيع من البائع، فيتم فى المكان الذى يكون فيه التسليم، ويسبق التسليم فوراً، بحيث إذا تسلم المشترى المبيع اعتبر تسلمه إياه رضاء به وقبولا له بعد مذاقه.

والذى يذوق المبيع هو المشترى شخصياً[2]، وله الحرية الكاملة فى قبول المبيع أو رفضه حسب ذوقه[3]. فالبيع بالمذاق يختلف عن البيع بشرط التجربة فى أن التجربة قد

(١) أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٤٩ ص١٢- بودرى وسينيا فقرة ١٦٠- الأستاذان أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ٥٢٦.

(٢) وقد يستأنس بذوق أجنبى وهذا نادر (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٠٤).

(٣) وإذا رفض المشترى المبيع، لم يستطع البائع إجباره على اختيار صنف، كما لا يستطيع هو إجبار البائع على أن يسلمه صنفاً آخر يلائم ذوقه الشخصى. أما إذا كان المشترى قد نزل عن شرط المذاق، ورضى أن يكون الشئ من الصنف المألوف فى التجارة أو من صنف معين، فان البيع يكون قد تم =

تكون لتبين صلاحية الشئ فى ذاته وقد تكون للاستيثاق من مناسبة الشئ لحاجة المشتر
أما المذاق فيتمحض فى الاستيثاق من مناسبة الشئ لذوق المشترى. وحتى لو كان المشتر
تاجراً واشترط مذاق المبيع، فالعبرة بذوقه الشخصى، وهو الذى يقرر - لا الخبراء -
صنف يلائم عملاءه[1]. وغنى عن البيان أن البائع يلتزم بأن يمكن المشترى من مذ
المبيع[2].

ولابد من أن المشترى يعلن قبول المبيع بعد مذاقه وسكوته لا يكفى، وهذا فرق آ
بين بيع المذاق وبيع التجربة[3]. ولكن قبول المبيع قد يكون صريحاً وقد يكون ضمن
ويستخلص القبول ضمناً، كما قدمنا، من تسلم المبيع، أو من وضع المشترى ختمه
علامة خاصة على المبيع، فهذا وذاك دليل على أنه ارتضى المبيع بعد أن ذاقه[4].

٧٥- التكييف القانونى للبيع بالمذاق: والبيع بالمذاق ليس بيعاً معلقاً على شرط فاس
بل ولا على شرط واقف، وفى هذا يختلف أيضاً عن بيع التجربة. ذلك أن البيع بالمذ
ليس بيعاً أصلا، بل هو مجرد وعد بالبيع. وهذا الوعد صادر من المالك، وقد قبل الطر
الآخر الوعد ولم يقبل بعد البيع ذاته[5]. فإذا ذاق المبيع وارتضاه، فقد قبل البيع. وينع
البيع من وقت هذا القبول، فليس للقبول أثر رجعى كما له هذا الأثر فى بيع التجربة[6]

=ولا يكون مجرد وعد بالبيع، فإذا لم يكن الشئ من صنف المشترى استطاع المشترى إجبار البـ
على تسليمه شيئاً من الصنف المشترط أو اشتراه على حسابه (أوبرى ورو٥ فقرة ٣٤٩ هامش
١٣- بودرى وسينيا فقرة ١٦٣ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٣ ص٦١ - الأستاذان أحمد نجـ
الهلالى وحامد زكى فقرة ٥٢٥ ص٥٣١ هامش رقم٥).

(١) بودرى وسينيا فقرة ١٥٩- الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٨٥ ص١٦٠ - ص١٦١ وقـ
الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٣٩ ص٥٦.

(٢) أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٤٩ ص١٣.

(٣) الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٣ ص٦٠ - الأستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ١١٤- الأستاذ منصـ
مصطفى منصور فقرة ٥١ ص٨٩.

(٤) بودرى وسينيا فقرة ١٦٠- الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٨٥ ص١٦١.

(٥) ولكنه قد التزم أن يذوق الشئ، وهو بعد ذلك حر فى رفضه (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣
ص٣٧٨ هامش رقم٢).

(٦) وفى هذا تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى: «يختلف بيع المذاق عن البيع بشـ
التجربة، لا فى أن المشترى حر فى القبول أو فى الرفض فى مدة يحددها الاتفاق أو العرف فالا
حكمهما واحد فى ذلك، ولكن فى أن البيع لا يعتبر معلقاً على شرط واقف أو فاسخ، بل هو لا
إلا من وقت إعلان المشترى للقبول دون أثر رجعى - فبيع المذاق، قبل قبول المشترى، إنما هو و
بالبيع من جانب واحد: أنظر فى هذا المعنى التقنين الفرنسى ١٥٨٧ والتقنين الإيطالى م٢٥
والمشروع الفرنسى الإيطالى م٣٢٦ والتقنين اللبنانى م٣٩٢ - على أن هناك من التقنينات الأجنبيـ
يعتبر بيع المذاق بيعاً معلقاً على شرط واقف: أنظر التقنين الأسبانى م١٤٥٣ والتقنين البرتغـ
م١٥٥١ والتقنين الهولندى م١٤٩٩ والتقنين الأرجنتينى م١٣٧٠» (مجموعة الأعمال التحضير
ص٢٨).

ومن ثم رأينا المادة ٤٢٢ مدنى تقول: «كان للمشترى أن يقبل البيع». أما فى البيع بالتجربة فتقول المادة ٤٢١ مدنى: «يجوز للمشترى أن يقبل المبيع». وهذا الفرق بين العبارتين نتيجة متفرعة عن الفرق بين العمليتين فى طبيعتهما. فبيع التجربة بيع كامل وإن لم يكن باتاً، ولذلك يقبل المشترى المبيع، أما البيع فقد سبق له قبوله. وبيع المذاق ليس بيعاً كاملاً، بل وعداً بالبيع، ولذلك يقبل المشترى البيع.

ونرى من ذلك أن بيع المذاق إذا تم بيعاً بقبول المشترى للبيع - أى بقبوله للوعد وتحويله بيعاً بهذا القبول كما هو شأن الوعد بالبيع - فان ملكية المبيع لا تنتقل إليه إلا من وقت هذا القبول. ويترتب على ذلك الأمور الآتية:

(١) إذا كان دائن للبائع قد وقع حجزاً على المبيع قبل قبول المشترى للبيع، كان الحجز صحيحاً إذ وقع على شئ مملوك للبائع، وجاز الاحتجاج بالحجز على المشترى لو قبل البيع، وهذا بخلاف بيع التجربة. (٢) إذا أفلس البائع قبل قبول المشترى للبيع، ثم قبل المشترى البيع، فانه لا يستأثر بالمبيع دون سائر الدائنين، أما فى بيع التجربة فيعتبر مالكاً من وقت البيع أى قبل الإفلاس فيستأثر بالمبيع. (٣) إذا هلك الشئ قبل مذاقه، هلك على البائع[1].

٧٦- الفروق بين بيع المذاق وبيع التجربة: والآن نستطيع أن نلخص الفروق ما بين بيع المذاق وبيع التجربة[2] فيما يأتى:

١- المذاق، بخلاف التجربة، يراد به محض التثبت من ملاءمة الشئ لذوق المشترى، ولا يمكن أن يقصد به الاستيثاق من صلاحية الشئ فى ذاته، فلا يجوز فى المذاق أن يترك الأمر لتقدير الخبراء.

٢- المذاق يكون عادة قبل أن يتسلم المشترى المبيع، أما التجربة فتكون عادة بعد التسليم.

٣- لا يكفى سكوت المشترى فى بيع المذاق بل لابد من إعلان قبوله للبيع، ويكفى السكوت فى بيع التجربة ويكون معناه قبول المبيع.

٤- بيع المذاق مجرد وعد بالبيع، أما بيع التجربة فبيع كامل معلق إما على شرط واقف وإما على شرط فاسخ.

=أما الفقه فى فرنسا فيميل إلى القول بأن بيع المذاق مجرد إيجاب ملزم للبائع ولكن لوحظ على هذا القول أن المشترى ملتزم هو أيضاً بمذاق الشئ (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٠٣ ص٣٧٨ - جوسران٢ فقرة ١٠٦٤).

(١) بودرى وسينيا فقرة ١٥٥.

(٢) الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٣٣ - أنظر فى انتقاد إيجاد بيع المذاق إلى جانب بيع التجربة ووجوب التسوية من ناحية التشريع بين البيعين فيكون كل منهما بيعاً معلقاً على شرط الأستاذ مصطفى الزرقا فى البيع فى القانون المدنى السورى فقرة ٦٥

٥- إذا وقع دائن البائع حجزاً على المبيع قبل قبول المشترى، ففى بيع المذاق ينفذ الحجز فى حق المشترى، وفى بيع التجربة لا ينفذ.

٦- إذا أفلس البائع قبل قبول المشترى، ففى بيع المذاق لا يستأثر المشترى بالمبيع، وفى بيع التجربة يستأثر.

٧- إذا هلك الشئ قبل قبول المشترى، ففى بيع المذاق يكون هلاكه دائماً على البائع، وفى بيع التجربة يكون الهلاك على البائع إذا كانت التجربة شرطاً واقفاً وعلى المشترى إذا كانت التجربة شرطاً فاسخاً[1].

٣- بيع الوفاء

(vente à réméré)

٧٧- النصوص القانونية: تنص المادة ٤٦٥ من التقنين المدنى على ما يأتى:

«إذا احتفظ البائع عند البيع بحق استرداد المبيع خلال مدة معينة، وقع البيع باطلا»[2].

---

(١) والفقه الإسلامى يواجه كلا من بيع التجربة وبيع المذاق بالبيع مع خيار الشرط. وفى الفقه الإسلامى أيضاً البيع على سوم النظر (المجلة م٢٩٩) والبيع على سوم الشراء (المجلة م٢٩٨)، وهذان ليسا بيعين كاملين، والأول منهما أقرب إلى أن يكون مجرد إيجاب من البائع، أما الثانى فأقرب إلى أن يكون وعداً بالبيع فهو من هذا الوجه يشبه بيع المذاق. وهناك أيضاً فى مذهب مالك خيار الثلاثة الأيام وخيار العام.

وقد سار التقنين المدنى العراقى على هدى الفقه الإسلامى، فأورد إلى جانب النصوص المتعلقة ببيع التجربة وبيع المذاق نصوصاً متعلقة بخيار الشرط على الوجه الآتى: م٥٠٩ عراقى: يصح أن يكون البيع بشرط الخيار مدة معلومة. ولا يمنع هذا الشرط من انتقال الملكية إلى المشترى، سواء كان الخيار للبائع أو للمشترى أو لهما معاً أو لأجنبى. م٥١٠ عراقى. إذا شرط الخيار للبائع والمشترى معاً، فأيهما فسخ فى أثناء المدة انفسخ البيع، وأيهما أجاز سقط خيار المجيز وبقى الخيار للآخر إلى انتهاء المدة. م٥١١ عراقى. إذا مضت مدة الخيار ولم يفسخ من له الخيار، لزم البيع. م٥١٢ عراقى: خيار الشرط لا يورث، فإذا مات من له الخيار سقط خياره. م٥١٣ عراقى: فى جميع حالات الخيار، إذا تلف المبيع فى يد المشترى قبل الفسخ، هلك من ماله ولزمه الثمن المسمى.

أنظر فى شرح خيار الشرط فى القانون المدنى العراقى الأستاذ حسن الذنون فقرة ٤٦- فقرة ٥٦، وهو ينتقد الجمع بين خيار الشرط وبين بيع التجربة وبين المذاق. وأنظر فى تفنيد هذا الانتقاد تفنيداً موفقاً الأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٢١٥ وفقرة ٢٢٧. وظاهر أن خيار الشرط أوسع من كل من بيع التجربة وبيع المذاق، فلا ضير من هذا الجمع، ويكون البيعان الأخيران صورتين خاصتين من صور خيار الشرط.

(٢) **تاريخ النص:** كان المشروع التمهيدى يشتمل على المواد من ٦١٧ إلى ٦٣١، وهي نصوص تقر بيع الوفاء وتنظمه تنظيماً مفصلا على الوجه الذى سار عليه التقنين المدنى السابق (أنظر نصوص هذه المواد وما يقابلها من نصوص التقنين المدنى السابق والمذكرة الإيضاحية المتعلقة بها فى مجموعة الأعمال التحضيرية٤ ص١٦٤-ص١٩٠ فى هوامش هذه الصفحات). وقد سار المشروع التمهيدى=

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المواد ٣٣٨- ٤٢١/٣٤٧- ٤٣٣-(١).

= فى مراحله أمام لجنة المراجعة، فمجلس النواب، حتى إذا وصل لجنة مجلس الشيوخ رأت هذه اللجنة إلغاء هذه النصوص والنص صراحة على أن بيع الوفاء يكون باطلا فى المادة ٤٦٥ التى نحن بصددها، ووافق مجلس الشيوخ على هذه المادة كما وضعتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية٤ ص١٦٤- ص١٨٠).

(١) **التقنين المدنى السابق** م٣٣٨/ ٤٢١ (معدلة بالقانون رقم ٤٩/٥٠ لسنة ١٩٢٣): حق استرداد المبيع أو الشرط الوفائى هو شرط يحفظ به البائع لنفسه حق استرداد العين المبيعة فى مقابلة المبالغ المنصوص عليها فى المادة ٣٤٤ فى الميعاد المتفق عليه.

م٣٣٩/٤٢٢- ٤٢٣ (معدلة بالقانون ٤٩/٥٠ لسنة ١٩٢٣): إذا كان الشرط الوفائى مقصوداً به إخفاء رهن عقارى، فإن العقد يعتبر باطلاً لا أثر له، سواء بصفته بيعاً أو رهناً. ويعتبر العقد مقصوداً به إخفاء رهن إذا اشترط فيه رد الثمن مع الفوائد أو إذا بقيت العين المبيعة فى حيازة البائع بأى صفة من الصفات – ويجوز بكافة الطرق إثبات عكس ما فى العقد بدون التفات إلى نصوصه.

م٣٤٠/٤٢٤: بمجرد بيع الوفاء يصير المبيع ملكاً للمشترى على شرط الاسترداد، بمعنى أنه إذا لم يوف البائع بالشروط المقررة لرد المبيع تبقى الملكية للمشترى – وإما إذا صار توفيه الشروط المذكورة، فيعتبر كأنه لم يخرج من ملكية البائع.

م٤٢٥ مختلط (مقابل لها فى الأهلي): إذا لم يشترط حق الاسترداد فى نفس عقد البيع، فمن صار له ذلك الحق فيما بعد لا يعتبر مالكاً بالثانى إلا من اليوم الذى حصل فيه شرط الاسترداد.

م٣٤١/٤٢٦: لا يجوز للبائع أن يشترط لاسترداد المبيع ميعاد يزيد على خمس سنين من تاريخ البيع، وكل ميعاد أزيد من ذلك يصير تنزيله إلى خمس سنين (فى المختلط سنتان بدلا من خمس).

م٣٤٢/٤٢٧: الميعاد المذكور محتم بحيث يترتب على تجاوزه سقوط حق الاسترداد، ولا يجوز للمحكمة أن تحكم بعدم سقوط الحق فى أى حال من الأحوال ولو فى حالة القوة القاهرة.

م٤٢٨ مختلط (لا مقابل لها فى الأهلى): تطويل الميعاد المتفق عليه يقوم مقام بيع من المشترى للبائع الأصلى معلق على شرط، إذ يعتبر المشترى المذكور مالكاً للمبيع ملكاً باتا من يوم البيع الأول إلى يوم تطويل الميعاد.

م٣٤٣/م٤٢٩: يجوز للبائع بيع وفاء أن يطلب الاسترداد ممن انتقل إليه المبيع، ولو لم يشترط الاسترداد فى عقد الانتقال.

م٣٤٤/٤٣٠: لا يجوز للبائع بيع وفاء أن يفسخ البيع إلا إذا عرض على المشترى فى الميعاد المعين أن يؤدى له على الفور الأشياء الآتى بيانها: أولا- أصل الثمن. ثانياً- المصروفات المترتبة على البيع والتى تترتب على استرداد المبيع. ثالثاً- المصاريف اللازمة التى صرفها المشترى غير ما صرفه لصيانة المبيع، ثم يؤدى أيضاً ما زاد فى قيمة المبيع بسبب المصاريف الأخرى التى صرفها المشترى بشرط ألا تكون فاحشة.

م٣٤٥/٤٣١: عند رجوع المبيع بيع وفاء إلى البائع، يأخذه خالياً عن كل حق ورهن وضعه عليه المشترى، إنما يلتزم البائع بتنفيذ الإيجارات التى أجرها ذلك المشترى بدون غش بشرط أن تكون مدتها لا تتجاوز ثلاث سنين.

م٣٤٦/٤٣٢: الاسترداد لا يقع إلا على نفس المبيع، سواء كان المبيع ملكاً كاملاً أو مشاعاً أو مقسوماً إلى حصص، إلا إذا كانت دعوى الاسترداد مقامة على ورثة المشترى بالنسبة للحصص المشاعة بينهم أو المفروزة التى يملكها كل منهم. =

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى: فى التقنين المدنى السورى المادة ٤٣٣- وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٤٥٤ – وفى التقنين المدنى العراقى الماد ١٣٣٣ – وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المواد ٤٧٣- ٤٨٦(١).

=م٣٤٧/٤٣٣: إذا كان المبيع بيع وفاء حصة شائعة فى عقار، واشترى مشتريها الحصة الباقية من مالكها بعد طلب هذا المالك مقاسمته، فللمشترى المذكور عند مطالبة بائعه الأول باسترداد الحصة المبيعة بيع وفاء أن يلزمه بأخذ العين بتمامها.

(١) **التقنينات المدنية العربية الأخرى:**

التقنين المدنى السورى م٤٣٣ (مطابقة للمادة ٤٦٥ من التقنين المدنى المصرى- أنظر فى القانون المدنى السورى الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٢٤٦- فقرة ٢٥٣).

التقنين المدنى الليبى م٤٥٤ (مطابقة للمادة ٤٦٥ من التقنين المدنى المصرى).

التقنين المدنى العراقى م١٣٣٣: بيع الوفاء يعتبر رهناً حيازياً.

(والتقنين العراقى كان يشتمل فى مشروعه التمهيدى على نصوص – المواد من ٥٩٥ إلى ٦٠٥- تقر بيع الوفاء وتفصل أحكامه باعتبار أنه بيع معلق على شرط فاسخ على نمط الفقه الغربى. ولكن عند مراجعة هذا المشروع حذفت هذه النصوص، وتوسط التقنين العراقى بين موقف الفقه الغربى من بيع الوفاء ويقره كما رأينا وبين موقف التقنين المصرى وهو يبطله كما سبق القول، فجعل بيع الوفاء لا بيعاً صحيحاً ولا بيعاً باطلاً، بل جعله رهناً حيازياً، أى أنه وضع قرينة قانونية غير قابلة لإثبات العكس على أن بيع الوفاء رهن حيازى. وقد جرى التقنين العراقى فى ذلك على تقاليد الفقه الإسلامى والمجلة، فبيع الوفاء هناك إما هو رهن حيازى. ويجب التمييز فى القانون العراقى بين بيع الوفاء والبيع المقترن بخيار شرط للبائع. فبيع الوفاء بيع قصد به تأمين المشترى على ماله وتأمين البائع على استرداد العين المبيعة بعد وفاء المشترى حقه، ويأخذ حكم الرهن الحيازى، فلا تنتقل ملكية المبيع إلى المشترى بل يبقى المبيع عنده تأميناً حتى يستوفى حقه من البائع، أما البيع المقترن بخيار شرط للبائع، فقد قصد به أن يكون للبائع فسحة من الوقت يتدبر أمره وينظر هل من مصلحته أن يجعل البيع باتا أو أن يفسخه. فهو بيع صحيح لا رهن، ينقل ملك المبيع إلى المشترى تحت شرط فاسخ لأنه مقترن بخيار التروى أو خيار الشرط. وتكون المدة فى خيار الشرط عادة مدة قصيرة، إذ لا يحتاج البائع فى التروى إلى وقت طويل. أما مدة الاسترداد فى بيع الوفاء فتكون عادة مدة طويلة قد تصل إلى سنين عدة، إذ هو قرض مضمون برهن حيازى كما سبق القول – قارن الأستاذ حسن الذنون فى البيع فى القانون المدنى العراقى فقرة ٤١٨- فقرة ٤١٩).

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى:

م٤٧٣: إن البيع مع اشتراط حق الاسترداد أو البيع الوفائى هو الذى يلتزم فيه المشترى بعد البيع التام أن يعيد المبيع إلى البائع مقابل رد الثمن. ويجوز أن يكون موضوع البيع الوفائى أشياء منقولة وغير منقولة.

م٤٧٤: لا يجوز أن يشترط لاسترداد المبيع ميعاد يتجاوز ثلاث سنوات من تاريخ البيع. وإذا اشترط ميعاد يزيد عليها أنزل إلى ثلاث سنوات.

م٤٧٥: إن الميعاد المذكور متحتم، لا يجوز للقاضى أن يحكم بإطالته وإن لم يتمكن البائع من استعمال حقه فى الاسترداد لسبب لم يكن فيه مختاراً. أما إذا كان عدم استعماله هذا الحق ناشئاً عن خطأ من المشترى، فانقضاء المهلة لا يحول دون استعماله.

م٤٧٦: إن المبيع وفاء يصبح بحكم البيع ملكاً للمشترى تحت شرط الوفاء، بمعنى أن المشترى = =

وقد كان التقنين المدني السابق يقر بيع الوفاء وينظمه تنظيماً مسهباً، أما التقنين المدني الجديد فقد أبطله كما رأينا. فيحسن إذن أن نبحث بيع الوفاء: (أ) في عهد التقنين

= يبقى ملكاً له إذا لم يقم البائع بالشروط المتفق عليها لاسترداده. أما إذا قام بهذه الشروط، فيعد المبيع كأنه لم يخرج قط عن ملكية البائع. وفي كل حال يتمتع المشتري بالمبيع كالمالك إلى أن تنتهي المهلة أو إلى أن يستعمل البائع حق الاسترداد مع مراعاة أحكام المادتين ٤٨٢ و٤٨٥، فيحق له أن يجني ثمار المبيع وأن يقيم كل دعوى مختصة به على شرط ألا يرتكب احتيالا.

م٤٧٧: يجري حق الاسترداد بأن يبلغ البائع إلى المشتري رغبته في استرداد المبيع، ويجب عليه في الوقت نفسه أن يعرض رد الثمن.

م٤٧٨: إذا توفي البائع قبل أن يستعمل حقه في الاسترداد، انتقل هذا الحق إلى ورثته، فيستعملونه في المدة الباقية لمورثهم من المهلة.

م٤٧٩: لا يجوز للورثة أن يستعملوا حق الاسترداد إلا مجتمعين، ولا أن يطلبوا سوى رد المبيع بجملته. ويسري هذا الحكم أيضاً فيما إذا باع عدة أشخاص بمقتضى عقد واحد شيئاً مشتركاً بينهم ولم يحفظوا لكل منهم حقه في استرداد حصته.

م٤٨٠: يجوز أن تقام دعوى استرداد المبيع على ورثة المشتري مجتمعين. أما إذا جرى توزيع التركة ودخل المبيع في حصة أحد الورثة، فتقام دعوى الاسترداد عليه وحده بالمبيع كله.

م٤٨١: إذا أعلن إعسار البائع، كان حق الاسترداد للدائنين.

م٤٨٢: يحق للبائع وفاء أن يقيم دعوى الاسترداد على المشتري الثاني.

م٤٨٣: إن البائع الذي يستعمل حق الاسترداد لا يمكنه أن يعود إلى وضع يده على المبيع إلا إذا رد: أولا– الثمن الذي قبضه – ثانياً – النفقات المفيدة بمقدار ما زادته في قيمة المبيع. أما فيما يختص بالنفقات الكمالية، فليس للمشتري سوى نزع ما أدخله على المبيع من التحسين إذا استطاع نزعه بلا ضرر. ولا يمكنه أن يطلب استرجاع المصاريف الضرورية ولا مصاريف الصيانة ولا نفقة جني الثمار – ويجب على المشتري من جهة أخرى أن يرد: أولا– المبيع وما ازداد فيه منذ عقد البيع– ثالثاً– الثمار التي جناها منذ اليوم الذي دفع أو أودع فيه الثمن. وللمشتري أن يستعمل حق الحبس إذا لم يرد ما يجب له، ذلك كله مع الاحتفاظ بالشروط المتفق عليها بين الفريقين.

م٤٨٤: إن المشتري مسئول من جهة أخرى عما يصيب المبيع من الضرر أو الهلاك بفعله أو بخطأه أو بخطأ الأشخاص الذين يكون مسئول عنهم. وكذلك هو مسئول عن التغييرات التي أدت إلى إحداث تبديل جوهري في المبيع مخالف لمصلحة البائع. غير أنه لا يسأل عما يصيب المبيع من جراء قوة قاهرة أو تغيير قليل الشأن، ولا يحق للبائع في هذه الحال أن يطلب تخفيض الثمن.

م٤٨٥: إن البائع الذي يسترد ملكه بمقتضى حق الاسترداد يكتسب في الوقت نفسه الحق في محو قيود جميع الحقوق العينية والأعباء والرهون التي أنشأها عليه المشتري. غير أنه ملزم بتنفيذ عقود الإيجار التي عقدها المشتري بلا احتيال، على شرط ألا تتجاوز مدة الإجارة المهلة المنصوص عليها للاسترداد وأن يكون عقد الإيجار ذا تاريخ صحيح.

م٤٨٦: إذا كان المبيع ملكاً زراعياً واستعمل البائع حق الاسترداد في أثناء السنة الزراعية حق للمشتري إذا كان قد ألقى البذار هو أو الذين أجرهم أن يبقى محتلا للأقسام المزروعة حتى انتهاء السنة الزراعية، وإنما يلزمه أن يدفع ما يوجبه عليه العرف المحلي عن المدة الباقية من يوم الاسترداد إلى آخر السنة الزراعية. (وتقرب أحكام التقنين اللبناني في بيع الوفاء من أحكام التقنين المصري السابق).

المدني السابق، إذ لا يزال موجوداً حتى اليوم بيوع وفاء أبرمت في عهد التقنين السابق فتسري عليها نصوص هذا التقنين. (ب) في عهد التقنين المدني الجديد.

(أ) بيع الوفاء في عهد التقنين المدني السابق

٧٨– بيع الوفاء والرهن: بيع الوفاء في عهد التقنين المدني السابق كان طريقاً من طرق التأمين، يتجرد فيه المالك عن ملكه لدائنه، فيتملك الدائن المبيع تحت شرط فاسخ، هو أن يرد البائع الثمن والمصروفات للدائن، فينفسخ البيع ويعود المبيع إلى ملك البائع بأثر رجعي. فالبائع وفاء هو المدين، والمشتري وفاء هو الدائن، ويتجرد الأول عن ملكه للثاني على أمل استرداده في المستقبل. أما في رهن الحيازة فلا يتجرد الراهن عن الملك بل عن الحيازة فقط، وفي الرهن الرسمي لا يتجرد عن الملك ولا عن الحيازة. فظاهر أن الرهنين يفضلان بيع الوفاء من هذه الناحية الهامة. ولكن بيع الوفاء– من ناحية أخرى أهل أهمية– يمتاز على كل من الرهنين. فهو يمتاز على رهن الحيازة بأن المبيع وفاء إذا هلك في يد المشتري هلك عليه دون البائع، أما إذا هلكت العين المرهونة في يد المرتهن فانها تهلك على الراهن دون المرتهن. ثم إن المشتري في بيع الوفاء لا شأن له ببقية أموال البائع الخارجة عن المبيع، أما المرتهن فله عدا حقه العيني على الشئ المرهون حق شخصي يضمنه جميع أموال الراهن. ويمتاز بيع الوفاء على الرهن الرسمي بهاتين الميزتين وبأنه لا حاجة فيه إلى ورقة رسمية والرهن الرسمي لابد لانعقاده من هذه الورقة، وبأنه يجوز في العقار وفي المنقول، والرهن الرسمي لا يجوز إلا في العقار.

عن أن بيع الوفاء كثيراً ما يتخذه المتعاقدان ستاراً لإخفاء رهن حيازي[(١)] لو كشفنا عنه كان غير مشروع. ويتحقق ذلك في الفروض الآتية: (١) يقصد المتعاقدان إبرام قرض ربا فاحش مضمون برهن حيازي، فلا يكشفان عن هذا القصد لعدم مشروعيته، بل يلجآن إلى بيع الوفاء، فيبيع المدين من الدائن عيناً بيعاً وفائياً، ثم يستأجرها ويدفع أجرة هي عبارة عن الربا الفاحش[(٢)]. أو يشترط عليه المشتري (الدائن) إذا أراد استرداد العين أن يدفع ثمناً يكون أكثر من الثمن الذي قبضه، والفرق ربا فاحش. (٢) يقصد المتعاقدان التخلص من

(١) وبيع الوفاء في الفقه الإسلامي هو رهن لا بيع، ولكنه يبيح للمشتري وفاء ثمرات المبيع وكان لا يتملكها في الرهن إلا على سبيل الرخصة التي يجوز الرجوع فيها (انظر ابن عابدين جزء ٤ ص٢٨١ – الأستاذ مصطفى الزرقا في البيع في القانون المدني السوري فقرة ٢٤٧– فقرة ٢٥٠ وفقرة ٢٥٣).

(٢) وطبقاً لقانون رقم ٥٠/٤٩ لسنة ١٩٢٣– وسيأتي ذكره – يكون كل من بيع الوفاء والرهن باطلا، ويصبح المشتري دائناً عادياً يستحق فوائد عن المبلغ الذي دفعه ثمناً، والاتفاق على الأجرة هو في حقيقته اتفاق على الفائدة، فيجب إنزال الأجرة إلى الحد المسموح به قانوناً للفوائد الاتفاقية (نقض مدني ٢٦ فبراير سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٧٥ ص٥٤٩) – وقد قضت محكمة استئناف أسيوط بأنه إذا باع شخص لآخر عقاراً بيعاً وفائياً، ثم حكمت المحكمة ببطلانه سواء باعتباره عقد بيع أو باعتباره عقد رهن، فإن حق المشتري في استرداد ما دفعه من الثمن لا يبتدئ حساب مدة سقوطه إلا من يوم صيرورة هذا الحكم نهائياً (١٣ فبراير سنة ١٩٣٧ المجموعة الرسمية ٣٨ رقم ١٥٧).

بطلان شرط امتلاك المرتهن للشئ المرهون إذا لم يف الراهن بالدين، فيلجآن إلى بيع الوفاء. فيتخذ الدائن المرتهن سمة المشترى وفاء، ويستطيع بذلك أن يتملك المبيع إذا لم يرد الراهن - وهو البائع وفاء - ما اقترضه وسماه ثمناً فى بيع الوفاء. (٣) يقصد المتعاقدان التخلص من قانون الخمسة الأفدنة، فيسميان رهن الحيازة بيع وفاء. فلا يحتاج الدائن (المشترى وفاء) إلى الحجز والبيع، بل يمتلك المرهون (المبيع وفاء بمجرد عدم قيام المدين (البائع وفاء) بسداد الدين.

وقبل قانون رقم ٥٠/٤٩ سنة ١٩٢٣، وكان على القاضى، إذا عرض عليه عقد موصوف بأنه بيع وفاء، أن يفسر هذا العقد بحسب نية المتعاقدين الحقيقية، فيعتبره بيع وفاء أو رهناً، ويجرى على كل عقد حكمه. ثم صدر هذا القانون قاضياً بأن العقد الموصوف بأنه بيع وفاء، إذا كان واقعاً على عقار، وتبين أنه رهن، فانه يكون باطلا لا باعتباره بيع وفاء فحسب بل أيضاً باعتباره رهناً. وقالت المذكرة الإيضاحية لهذا القانون: «إن فى إبطال عقود الرهن التى تكون فى شكل بيع وفائى إبطالا تاماً للوصول إلى الغاية المطلوبة، إذ من المؤكد أن الدائنين سيمتنعون من وصف عقود الرهن بصفة عقود بيع وفائى نظراً لما يترتب على هذا العمل من النتائج الخطيرة وإبطال العقد إبطالاً تاماً. وعلى ذلك تكون هذه القاعدة بمثابة نظام رادع لمنع استعمال البيع الوفائى الذى ينطوى على الرهن، وإلا كان جزاء المخالف إلغاء كل أثر لعقده». وقد جعل تشريع سنة ١٩٢٣ من القرائن على أن بيع الوفاء يستر رهناً، فيبطل كبيع وكرهن معاً، اشتراط المشترى على البائع إذا أراد الاسترداد أن يرد مع الثمن فوائده، وذلك لأن المشترى وفاء يقبض ريع المبيع، فإذا ضم إليه الفوائد كان هذا قرينة على الربا الفاحش. وجعل من هذه القرائن أيضاً أن تبقى العين فى حيازة البائع بأى سبب[١]. وهذه القرائن غير قاطعة، فيجوز إثبات

(١) والقرائن المذكورة فى تشريع سنة ١٩٢٣ ليست واردة على سبيل الحصر. وقد صدرت أحكام كثيرة من القضاء الوطنى والقضاء المختلط فى عهد التقنين المدنى السابق، فى شأن بيع الوفاء الذى يستر رهناً وما يقوم من القرائن فى هذا الصدد، سواء قبل صدور قانون سنة ١٩٢٣ أو بعد صدوره.
ونذكر من أحكام القضاء الوطنى ما يأتى: استئناف وطنى ٣ يناير سنة ١٨٩٥ الحقوق ١٠ ص٦٦- ١١ مايو سنة ١٩٠٥ المجموعة الرسمية ٦ رقم ١١١ ص٢٤٠ - ٨ يونيه سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٤ ص٤٦٤ - ١٤ ديسمبر سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٥ ص٩٤ - ٣٠ يناير سنة ١٩١٩ المجموعة الرسمية ٢١ رقم ٦ ص١١ - ١٤ مارس سنة ١٩٢١ المحاماة ١ رقم ٩١ ص٤٦٥- ٢٧ مارس سنة ١٩٢٣ المحاماة ٤ رقم ١/١٧٧ ص٢٤٥ - استئناف مصر ١٤ أبريل سنة ١٩٢٥ المحاماة٥ رقم ١/٥٠٥ ص٦٠٩- ٣١ يناير سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ رقم ٤٧٢ ص٧٧٤ - ٣٠ أبريل سنة ١٩٢٩ المحاماة٩ رقم ٥٣٦ ص٩٩٢ - ٩ مارس سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٣ رقم ٦٣٣ ص١٢٤٣ - ٣٠ مايو سنة ١٩٤٠ المجموعة الرسمية ٤٢ رقم ١١٢- أستئناف أسيوط ١٠ يناير سنة ١٩٤٥ المجموعة الرسمية ٤٦ رقم ١٣٨ - استئناف أسيوط ١٧ مايو سنة ١٩٤٨ المجموعة الرسمية ٤٩ رقم ٢٦٣ - استئناف أسيوط ٣ يونيه سنة ١٩٤٨ المجموعة الرسمية ٤٩ رقم ٥٤٥.
ونذكر من أحكام القضاء المختلط ما يأتى: استئناف مختلط ١١ يونية سنة ١٨٩٠ م٢ ص٣١٧-=

عكسها[١](1).

= ٨ أبريل سنة ١٨٩١ م٣ ص٢٨٧ - ٦ فبراير سنة ١٨٩٥ م٧ ص١١٤- ٤ مايو سنة ١٨٩٩ م١١ ص٢٠٣- ٢٤ يناير سنة ١٩٠٠ م١٢ ص٩٧- ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٠٠ م١٣ ص٢٧ - ١٩ مارس سنة ١٩٠٣ م١٥ ص٢٠٩ - ٧ ديسمبر سنة ١٩٠٤ م١٧ ص٣١- ٢٧ فبراير سنة ١٩٠٨ م٢٠ ص١٠٦- ٩ أبريل سنة ١٩٠٨ م٢٠ ص١٧٥- ٢ فبراير سنة ١٩١١ م٢٣ ص١٥٣- ٧ مارس سنة ١٩١٢ م٢٤ ص١٧٥ - ١٠ ديسمبر سنة ١٩١٨ م٣١ ص٥٥- ٩ يناير سنة ١٩١٩ م٣١ ص١١٠- ٥ فبراير سنة ١٩١٩ م٣١ ص١٥٤ - ٢٢ أبريل سنة ١٩١٩ م٣١ ص٢٥٥ - ٥ فبراير سنة ١٩٢٠ م٣٢ ص١٥٠- ١٦ مارس سنة ١٩٢٠ م٣٢ ص١٩١ - ٤ أبريل سنة ١٩٢٢ م٣٤ ص٢٨٣- ٦ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م٤١ ص٧٩- ٢٩ يناير سنة ١٩٣١ م٤٣ ص١٩٦- ١٠ فبراير سنة ١٩٣١ م٤٣ ص٢٢٣ - ١٩ نوفمبر سنة ١٩٣٦ م٤٩ ص١٨ - ١٨ مايو سنة ١٩٣٧ م٤٩ ص٢٢٧ - ١١ نوفمبر سنة ١٩٣٧ م٥٠ ص١٦ - ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٤٥ م٥٨ ص٣ - ٢٨ مايو سنة ١٩٤٦ م٥٨ ص٢٠٥.

(1) إن المادة ٣٣٩ من القانون المدنى الملغى بعد تعديلها بالقانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٢٣ إذ أجازت اثبات أن الشرط الوفائى مقصود به اخفاء رهن عقارى بكافة طرق الاثبات دون التفات إلى نصوص العقد فان ذلك منها لم يكن إلا تطبيقاً للقواعد العامة التى تجيز اثبات الغش بجميع الطرق ذاتها ومنها البينة والقرائن وعلى ذلك فإن تلك المادة لا تتضمن أى استثناء تنفرد به عن سائر العقود المنطوية على الغش من حيث طرق الاثبات.
(جلسة ١٩٦٩/١/٢٣ الطعن ٢٨٥ لسنة ٣٤ق س٢٠ ص١٤٤).

(١) وقد ورد، كما رأينا، فى آخر المادة ٤٣٢,٢٣٩ - ٤٣٣ من التقنين المدنى السابق أنه يجوز بكافة الطرق إثبات عكس ما فى العقد بدون التفات إلى نصوصه. وليس ذلك إلا تطبيقاً للقواعد العامة التى تجيز فى العقود المنطوية على غش الإثبات بجميع الطرق. وقد قضت محكمة النقض بأن المادة ٣٣٩ من القانون المدنى (السابق) تجيز للبائع أن يثبت بكافة الطرق، ومنها البينة والقرائن، أن العقد لم يكن بيعاً باتاً، وإنما هو - على خلاف نصوصه - يستر رهناً حيازياً. فإذا ادعى المستأنف أن العقد الذى صدر منه فى صورة بيع لم يكن إلا استدانة بفائدة ربوية مضمونة برهن تأمينى أفرغ فى قالب بيع بات اقترن به تأجير العين له، وكذلك إقرار من العاقد معه برد العين إليه فى الأجل المحدد وبالقيمة المتفق عليها فى العقد، ثم أخذت محكمة الدرجة الأولى بدعواه وبينت الأدلة والقرائن التى استندت إليها، ولكن محكمة الاستئناف، رغم تمسكه بدعواه هذه وطلبه إجراء التحقيق لإثباتها، لم تأخذ بها، متعللة فى قضائها بأن محل ذلك أن يكون العقد قد اشتمل على شرط الاسترداد، وإلا فلا يمكن إثبات عكس الوارد به بغير الكتابة، فقضاؤها بذلك مخالف لحكم المادة ٣٣٩ سابقة الذكر (نقض مدنى ٤ مارس سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٣٧ ص١٠١). وقضت أيضاً بأنه يجوز للبائع أن يثبت بأى طريق من طرق الإثبات أن العقد، وأن كان بحسب نصوصه الظاهرة بيعاً باتاً، فإنه فى حقيقة الأمر يستر رهناً حيازياً. فإذا كان الحكم قد استخلص من شهادة الشهود الذين سمعتهم المحكمة أن الإقرار الصادر بعد العقد محل الدعوى بحوالى أربع سنوات إنما ينصب على هذا العقد، واستنتج من عباراته أن الطرفين فى ذلك العقد إنما قصدا به فى الحقيقة أن يكون ساتراً لرهن حيازى، فإنه لا يكون قد أخطأ. إذ يكفى فى اعتبار الإقرار ورقة ضد توافر المعاصرة الذهنية التى تربطه بالعقد وإن اختلف تاريخهما. وإذا كانت الأوراق المختلفة على تكييفها - هل هى ورقة ضد عن العقد المتنازع على حقيقة المقصود منه أم هى وعد بالبيع - مذكوراً فيها أنه «إذا مضى الميعاد المحدد ولم يدفع المبلغ فيكون البيع نافذ المفعول»، فهذا يدل على أن البيع لا يكون نافذ المفعول فى مدة الوفاء، وليس هذا شأن بيع الوفاء الحقيقى الذى ينفذ مفعوله كبيع بمجرد التعاقد وإن تعلق على شرط =

٧٩- دوران في بيع الوفاء: ويمر بيع الوفاء على دورين: الدور الأول عند انعقاد البيع، والدور الثانى عند استعمال حق الاسترداد.

أولا- عند انعقاد بيع الوفاء:

٨٠- أركان بيع الوفاء: هى أركان أى بيع آخر، رضاء المتعاقدين والمبيع والثمن،

=فاسخ. وإذن فاعتبار تلك الورقة متضمنة شرط تمليك الدائن للأطيان مقابل الدين فى نهاية الأجل المحدد للوفاء هو اعتبار تسوغ عبارتها، وليس فيه مسخ لمدلولها (نقض مدنى ١٥ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض١ رقم ٣٠ ص١٠٢- وانظر أيضاً: نقض مدنى ١١ يناير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٤٤ ص٢٢٩). وبقاء حيازة العين فى يد البائع، إذا كانت تعد قرينة قانونية طبقاً لتشريع سنة ١٩٢٣- فإنها كانت تصلح قرينة قضائية قبل هذا التشريع (نقض مدنى ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٨ ص٩٣). وكون الثمن المدفوع لا يتناسب مع الثمن الحقيقى يصلح قرينة على الرهن (نقض مدنى ٨ مايو سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٥٣ ص١٠٢٧ - ١٠ يونيه سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١٤٥ ص٩٤٢). ولو فسخ الإيجار بناء على طلب المشترى واسترد المشترى العين كمالك، فهذا لا يمنع من كون التصرف يستر رهناً باطلا، ولا حجة فيما قاله المشترى من أنه وضع يده كمالك لا كمرتهن بعد الفسخ (نقض مدنى ١٦ أكتوبر سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض٤ رقم٢ ص٦).
ويؤخذ من ظاهر عبارات محكمة النقض فى حكم حديث لها أنها تعتبر القرائن الواردة فى تشريع سنة ١٩٢٣ قرائن قانونية قاطعة. فقد قضت بأن بيع الوفاء، قبل تعديل المادة ٣٣٩ مدنى (قديم)، كان قد اتخذ لستر بعض التصرفات القانونية الممنوعة، مما حدا بالمشرع لإصدار القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٢٣ معدلا للمادة ٣٣٩ مدنى قديم، فكانت تنص على بطلان بيع الوفاء الذى يقصد به إخفاء رهن وأنه لا أثر له سواء بصفته بيعاً أو رهناً، وأن العقد يعتبر مقصوداً به إخفاء رهن إذا بقيت العين المبيعة فى حيازة البائع بأى صفة من الصفات. والذى يبين من الباعث على تعديل المادة ٣٣٩ مدنى ومن المذكرة التفسيرية الخاصة بهذا التعديل أن المشرع إنما أورد هذه كقرينة قانونية قاطعة للاستدلال بها على حقيقة المقصود بالعقد وأنه يستر رهناً. ويؤيد هذا النظر اتجاه المشرع إلى إلغاء البيع الوفائى فى القانون المدنى الجديد اكتفاء بالنصوص الخاصة بالرهن. ولما كان يبين من الحكم المطعون فيه أن المحكمة اعتبرت القرينة ليست قاطعة وأحالت الدعوى إلى التحقيق لإثبات أن عقد البيع هو فى الواقع عقد رهن فإنه يكون قد خالف القانون (نقض مدنى ١٥ مارس سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٤٧ ص٣١٦). ولكن يبدو أن محكمة النقض إنما تأخذ على الحكم المطعون فيه أنه لم يعتد بقرينة بقاء العين فى حيازة البائع، وكان من شأن هذه القرينة أن تعفى البائع من عبء الإثبات، وتلقيه على عاتق المشترى ليثبت هو بالرغم من وجود هذه القرينة أن العقد حقيقته بيع وفاء لا رهن. فبدلا من ذلك، ألقى الحكم المطعون فيه عبء الإثبات على البائع، ليثبت أن عقد البيع هو فى الواقع عقد رهن. وهذا لا شك خطأ فى الحكم المطعون فيه يبرر نقضه، ولكن ليس هذا معناه أن القرينة القانونية إذا وجدت لم يجز إثبات عكسها. بل إن الواجب فى القضية التى نحن بصددها أن تحال الدعوى إلى التحقيق، ولكن لا ليثبت البائع أن العقد هو فى حقيقته رهن، بل ليثبت المشترى أن العقد بالرغم من وجود القرينة القانونية على أنه رهن هو فى حقيقته بيع وفاء. فإذا خلا بيع الوفاء من القرائن القانونية، كان على البائع الذى يدعى أن البيع الوفائى يخفى رهناً أن يقيم هو الدليل على ذلك (نقض مدنى ٢٥ أكتوبر سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ١٢١ ص٨٤٧)، ومن حقه أن يجاب إلى طلبه إذا هو طلب إثبات أن بيع الوفاء يخفى رهناً (نقض مدنى ٢١ مارس سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٣٢ ص٢٥٩).

ولا يشترط التسليم[١]. وهو بيع معلق على شرط فاسخ، هو أن رد البائع إلى المشترى المبالغ التى يتفق عليها - وهي غالباً الثمن والمصروفات- فى مدة معينة. فإذا تحقق هذا الشرط انفسخ البيع واعتبر كأن لم يكن، ورجع المبيع إلى ملك البائع واعتبر أنه لم يخرج من ملكه أصلا[1].

وحتى يعتبر هذا الشرط صحيحاً يجب توافر أمرين: (١) أن يكون الشرط معاصراً لعقد البيع ولو لم يكن مذكوراً فى عقد البيع ذاته، فالمعاصرة الذهنية تكفى[٢]. فإذا تخلف

---

(١) استئناف وطنى ٣ يناير سنة ١٩٠٥ الحقوق ٢٠ ص١٣٥.

(1) أ- المقرر فى قضاء محكمة النقض أن مفاد نص المادة ٤٦٥ من القانون المدني أنه يشترط فى بيع الوفاء الذى يبطله القانون أن تتجه إرادة الطرفين وقت ابرام العقد إلى احتفاظ البائع بحق استرداد المبيع خلال فترة معينة ولا يلزم أن يدرج هذا الشرط فى ذات عقد البيع ما دام الثابت أن الاتفاق قد تم على الأمرين معا فى وقت واحد وأن المعاصرة الذهنية بين البيع وحق البائع فى الاسترداد تتحقق سواء كانت الورقة سابقة أو لاحقة على البيع.
(جلسة ١٩٩٠/١١/٢٨ الطعن ٩٩ لسنة ٥٦ق)
(جلسة ١٩٩٠/١/٢٤ الطعن ٢٤١٢ لسنة ٥٤ق)
(جلسة ١٩٨٦/٦/١٥ الطعن ٦٢٣ لسنة ٥٣ق)
(جلسة ١٩٨٦/٢/١٧ الطعن ١٧٩٧ لسنة ٥٠ق)
(جلسة ١٩٨١/٦/٢٥ الطعن ٧٨٨ لسنة ٤٨ق س٣٢ ص١٩٤٨)
ب- عقد البيع الذى يخفى رهنا ويستطيع البائع فيه استرداد المبيع إذا هو رد الثمن إلى المشترى إنما هو صورة من بيع الوفاء الذى حظره المشرع بالنص على بطلانه فى المادة ٤٦٥ من التقنين المدنى.
(جلسة ١٩٨٥/٥/٩ الطعنان ٢٤٤، ٩٥٢ لسنة ٥١ق)
(جلسة ١٩٨٤/٦/٢١ الطعن ٦٢٤ لسنة ٥١ق)
(جلسة ١٩٧٦/٣/١٥ الطعن ٥٠٩ لسنة ٤٢ق س٢٧ ص٦٥٢)
جـ- من المقرر فى قضاء محكمة النقض أن الصورية النسبية التدليسية التى تقوم على اخفاء الرهن وراء البيع تعد تحايلا على القانون يترتب عليه بطلان البيع إذ أن عقد البيع الذى يخفى رهنا ويستطيع فيه البائع استرداد المبيع إذا هو رد الثمن إلى المشترى إنما هو صورة من بيع الوفاء الذى حظره المشرع بالنص على بطلانه فى المادة ٤٦٥ من القانون المدني، وهذه الصورة النسبية تثبت بالبينة وسائر طرق الاثبات الأخرى دون التفات إلى نصوص العقد أو ما أصدره المتعاقدان من اقرارات.
(جلسة ١٩٨١/٥/٦ الطعن ٥٧٩ لسنة ٤٨ق س٣٢ ص١٣٨٨)
(جلسة ١٩٨٣/٦/٣٠ الطعن ٣٠٧ لسنة ٥٠ق س٣٤ ص١٥٢٤)
(جلسة ١٩٨٢/١١/٢٥ الطعن ٢٢٢ لسنة ٤٩ق)

(٢) نقض مدنى ١٥ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٣٠ ص١٠٢ وهو الحكم السابق الإشارة إليه) يكفى فى اعتبار الإقرار ورقة ضد توافر المعاصرة الذهنية التى تربطه بالعقد وإن اختلف تاريخهما) - استئناف مصر ٣ يناير سنة ١٩٣٥ المجموعة الرسمية٣٦ رقم ١١٧ (ورقة ضد تحررت فى يوم العقد البات). ويخلص من ذلك أنه ليس من الضرورى أن يكون عقد البيع ذاته هو الذى يثبت شرط استرداد العين المبيعة. وقد قضت محكمة النقض أنه ليس صحيحا القول بأن =

الشرط عن عقد البيع، فان البيع ينعقد باتاً، ويكون الشرط اللاحق إما وعدا بالبيع معلقاً على شرط واقف تبعاً لنية المتعاقدين. وتكييف الشرط اللاحق بأنه بيع معلق على شرط واقف هو الذى تنص على المادة ٤٢٥ مدنى مختلط إذ تقول «إذا لم يشترط حق الاسترداد فى العقد نفسه فمن يكسب هذا الحق لا يعود مالكاً إلا من يوم اشتراطه هذا الحق». ولا نظير لهذا النص فى التقنين الوطنى السابق، ولكنه تطبيق للقواعد العامة ولنية المتعاقدين. (٢) ألا تزيد المدة التى يصح فيها الاسترداد على خمس سنوات فى التقنين الوطنى، وعلى سنتين فى التقنين المختلط. وسنعود إلى هذه المسألة فيما يلى:

٨١- حقوق كل من المشترى والبائع: يصبح المشترى، بعد تسجيل بيع الوفاء إذا كان المبيع عقاراً، مالكاً للمبيع تحت شرط فاسخ، وله أن يتصرف فيه ولكن يكون تصرفه معلقاً على هذا الشرط. فله أن يبيع وأن يهب وأن يرهن، فإذا تحقق الشرط فسخت كل هذه التصرفات. ويستطيع أن يطهر العقار مما عليه من الرهون، ويبقى هذا التصرف نافذاً حتى لو تحقق الشرط الفاسخ. وله أن يطلب الأخذ بالشفعة[1]، ويبقى تصرفه هذا أيضاً نافذاً ولو تحقق الشرط. وله من باب أولى أن يقوم بأعمال الإدارة، كأن يؤجر العين، ويكون إيجاره نافذاً حتى لو تحقق الشرط الفاسخ وردت العين إلى البائع، ويلتزم هذا بتنفيذ الإيجار إذا كان ثابت التاريخ ووقع دون غش ولم تجاوز مدته ثلاث سنوات (٤٣١/٣٤٥) مدنى سابق). وإذا كان بيع الوفاء صادراً من غير مالك، فان كان المبيع منقولا ملكه المشترى إذا كان حسن النية بموجب الحيازة، وللمالك الحقيقى أن يستعمل حق الاسترداد. وإذا كان المبيع عقاراً، أمكن المشترى أن يملكه بالتقادم الخمسى إذا كان حسن النية، وللبائع حسن النية إذا استرد المبيع أن يضم مدة حيازة المشترى إلى مدة حيازته إذا اقترنت بسبب صحيح لأن المشترى يعتبر حائزاً لحسابه[2]. أما إذا كان المشترى سيئ النية، فانه لا يملك المبيع إلا بالتقادم الطويل، سواء كان المبيع عقاراً أو منقولا، وله أن يضم مدة حيازة البائع، فإذا ملك المبيع بالتقادم بقى للبائع حقه فى الاسترداد.

=اشتراط استرداد العين المبيعة يجب أن يثبت بعقد البيع نفسه وإلا اعتبر وعداً بالبيع، فإن المادة ٣٣٩ مدنى (سابق) تجيز للبائع أن يثبت بكافة الطرق ومنها البينة والقرائن أن العقد لم يكن بيعاً باتا وإنما هو على خلاف نصوصه يستر رهناً حيازياً (نقض مدنى ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٧ ص٨٧- وانظر أيضاً: نقض مدنى ٨ يناير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ - رقم ٤٥ ص٣١٨ - ١٦ ديسمبر سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٣٤ ص٢٦٣- استئناف مصر ٣ يناير سنة ١٩٣٥ المجموعة الرسمية ٣٦ رقم ١١٧). وقضت محكمة النقض كذلك بأن إثبات أن عقد البيع قصد به إخفاء رهن مقترن بفوائد ربوية يحرمها القانون مراعاة للنظام هو أمر جائز بكافة الطرق، سواء صور عقد البيع الظاهر بأنه بات أم وفائى (نقض مدنى ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٢٢٣ ص١٦٠٢).

(١) نقض مدنى ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض٢ رقم ١٥ ص٧٤.

(٢) بودرى وسينيا فقرة ٦٣٦ - الأستاذ أنور سلطان ص٣٧٥ هامش رقم ١.

ويصبح البائع مالكاً تحت شرط واقف. فإذا تصرف المشترى فى المبيع، ثم تحقق الشرط، عادت الملكية إلى البائع بأثر رجعى، وأمكن هذا أن يسترد المبيع ممن تصرف له المشترى. ويستطيع البائع أن يتصرف فى ملكيته المعلقة على شرط واقف وأن يرهنها خاضعة لهذا الشرط[1]، فإذا كان المبيع عقاراً وجب التسجيل أو القيد. وللبائع فوق ذلك حق شخصى فى ذمة المشترى، يستطيع بموجبه أن يسترد المبيع فى مواجهته، حتى لو انتقل إلى يد أجنبى.

ثانيا- عند استعمال حق الاسترداد:

٨٢- من يستعمل حق الاسترداد وضد من يستعمل وعلى أى شئ يقع: الذى يستعمل حق الاسترداد هو البائع، وورثته من بعده، ومن انتقل إليه حق البائع أى خلفه الخاص[2]. ولدائنى البائع، إذا كان هذا معسراً، أن يستعملوا حقه باسمه وفقاً لأحكام الدعوى غير المباشرة[3].

ويستعمل حق الاسترداد ضد المشترى أو ورثته من بعده. ويجوز أيضاً استعماله ضد المشترى من المشترى (أى الخلف الخاص)، إلا إذا كان المبيع منقولا وكان المشترى الثانى حسن النية فانه يملك المبيع ملكاً باتاً ويبقى للبائع أن يرجع بتعويض على المشترى. أما إذا كان المشترى الثانى يعلم شرط الاسترداد أو كان المبيع عقاراً، فإنه يجوز للبائع أن يسترد منه المبيع ولا يدفع إلا الثمن المتفق عليه بينه وبين المشترى الأول حتى لو كان هذا الثمن أقل مما اشترى به المشترى الثانى، ويرجع هذا على البائع له - أى على المشترى - بالفرق. أما إذا كان الثمن الذى اشترى به المشترى الثانى أقل، فانه يسترد من البائع الثمن الأكثر، ولا يرد الفرق إلى المشترى لأنه تلقى عنه حقوقه بالثمن الذى دفعه له. ويلاحظ أن استرداد البائع من المشترى الثانى يكون بموجب دعوى عينية هى دعوى الاستحقاق، إذ يرجع المبيع إلى ملك البائع باستعمال حق الاسترداد. وقد تقدم أن للبائع عدا هذا دعوى شخصية

(١) استئناف مختلط ٧ ديسمبر سنة ١٨٩٩ م١٢ ص٣٦.

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه يجوز عرض ثمن المبيع وفائياً على المشترى من أحد الورثة من مال الورثة جميعاً، ويكون الوارث الذى قام بالعرض قد باشره نيابة عنهم. ولما كان حق الاسترداد مخولا أصلا للبائع ولورثته، فإنه يجوز استعماله لمن يقوم مقام الورثة وهو الدائن لهم والملتزمون قبله بنقل ملكية العين محل الاسترداد إليه. وإذن فمتى كان ورثة البائع وفائياً قد باعوا العين إلى شخص ورفعوا الدعوى بطلب استرداد هذه العين من المشترى وفائياً، ثم تنازل بعض الورثة عن طلب الاسترداد محتفظين بحقهم فى الثمن المودع، فإن الحكم إذ قبل تدخل المشترى من الورثة منضما إلى باقى المدعين فى طلب الاسترداد لا يكون قد خالف القانون (نقض مدنى ٢ ديسمبر سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٢٦ ص١٩٩).

(٣) وفى القانون الفرنسى للمشترى إلزام الدائنين بتجريد البائع من أمواله الأخرى قبل استعمال حق الاسترداد (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٩٤- قارن الأستاذين أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ٤٨٨ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٥٨).

قبل المشترى الأول، وتظهر فائدتها فى حالتين: (١) إذا كان البائع ليس متأكداً من أن المبيع تحت يد المشترى الثانى، إذ يجوز أن يكون هذا قد باعه لثالث، ففى هذه الحالة لا يستطيع البائع أن يستعمل حق الاسترداد ضد المشترى الثانى، وهو لا يعلم أين ذهبت العين، فخير طريق يسلكه هو أن يستعمل حق الاسترداد ضد المشترى الأول بموجب حقه الشخصى فيضمن أن يكون استعماله لحق الاسترداد صحيحاً. (٢) إذا كان المبيع منقولا وقد ملكه المشترى الثانى حسن النية بالحيازة، فلا يستطيع البائع فى هذه الحالة أن يرفع عليه دعوى الاسترداد، ولا يبقى له إلا الرجوع بتعويض على المشترى الأول بموجب حقه الشخصى، وقد تقدم ذكر ذلك.

ويقع الاسترداد على نفس المبيع، سواء كان ملكاً كاملا أو حصة مشاعة أو حصصاً مقسومة (م٤٣٢/٣٤٦ مدنى سابق). ولكن لهذه القاعدة استثناءات.

١- فقد يتعدد البائع، بأن يرثه ورثة متعددون أو يكون هو نفسه فى الأصل متعدداً. فإذا كان البيع بعقد واحد وبثمن واحد، جاز للمشترى أن يطلب من البائعين جميعاً أن يتفقوا فيما بينهم على استرداد كل المبيع أو لا يستردون شيئاً أصلا. ولابد من اتفاق الجميع على الاسترداد، فلو عرض أحدهم أن يسترد كل المبيع لنفسه لم يجبر المشترى على إجابة هذا الطلب إلا إذا نزل باقى البائعين للبائع الذى يريد الاسترداد عن حقهم فيه. أما إذا لم يستعمل المشترى حقه فى طلب اتفاق البائعين على الاسترداد. فكل بائع لا يسترد إلا نصيبه، وبذلك ينقسم حق الاسترداد (انظر المواد ١٦٦٨ - ١٦٧٠ مدنى فرنسى، وهى مجرد تطبيق للقواعد العامة).

٢- وقد يتعدد المشترى، بأن يرثه ورثة متعددون أو يكون هو نفسه فى الأصل متعدداً. فيستطيع البائع أن يستعمل حقه فى الاسترداد ضد كل واحد منهم بقدر نصيبه[1]. أما إذا وقع المبيع كله فى نصيب أحد الورثة، استعمل البائع حقه فى الاسترداد ضد هذا الوارث بالنسبة إلى كل المبيع. ويبقى سائر الورثة كل منهم مسئولا بدعوى شخصية بمقدار نصيبه، وذلك فيما إذا تعذر استرداد الشئ المبيع من تحت يد الوارث الذى وقع فى نصيبه كل المبيع بأن كان مثلا منقولا وملكه مشتر ثان حسن النية بالحيازة. وليس للورثة أو للمشترين أن يطلبوا من البائع استرداد كل الشئ المبيع كما هو فى حالة تعدد البائع، بل ينقسم هنا حق الاسترداد حتما (م٤٣٢/٣٤٦ مدنى سابق وم١٦٢ مدنى فرنسى).

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه وإن كان الاسترداد لا يقع - بحسب الأصل - إلا على المبيع كما هو، فإن الفقرة الثانية من المادة ٣٤٦ من القانون المدنى (السابق) قد استثنت الحالة التى تكون فيها دعوى الاسترداد «مقامة على ورثة المشترى بالنسبة إلى الحصص المشاعة بينهم أو المفروزة التى يملكها كل منهم». وهذا لا يصح معه القول بأن توجيه العرض أو الدعوى إلى بعض الورثة يعتبر توجيها إلى الباقين. وإذا كان البائع عند وفاة المشترى أن يجزئ دعوى الاسترداد بمطالبة بعض الورثة دون الآخرين، فإن القول بأنه عند تجزئة الدعوى تعتبر الإجراءات موجهة إلى جميع الورثة يكون قولا غير سديد (نقض مدنى ٨ فبراير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٠٤ ص٥٠٧).

٣- وتقضى المادة ٤٣٣/٣٤٧ مدنى سابق (أنظر ١٧٦٦ مدنى فرنسى) بأنه إذا كان المبيع بيع وفاء حصة شائعة فى عقار، واشترى مشتريها الحصة الباقية من مالكها بعد طلب هذا المالك مقاسمته، فللمشترى المذكور عند مطالبة بائعه الأول باسترداد الحصة المبيعة بيع وفاء أن يلزمه بأخذ العين بتمامها. ذلك أن المشترى وفاء قد اضطر، لحفظ الحصة المشاعة التى اشتراها، أن يشترى حصة الشريك، فلزم البائع أن يستردها مع الحصة المشاعة وأن يرد إلى المشترى الثمن الذى دفعه للشريك. ولكن للمشترى أن يحتفظ بما اشتراه فى طلب المقاسمة وأن يرد للبائع الحصة المشاعة التى اشتراها منه فقط. فإذا لم يشتر المشترى وفاء حصة الشريك عند طلب القسمة، بل بيعت كل العين لهذا الشريك أو لأجنبى، فثمن الحصة المشاعة المبيعة وفاء هو الذى يستعمل فيه حق الاسترداد[1]. ويلاحظ أنه إذا كان المشترى وفاء هو الذى طلب القسمة، فليس له أن يطالب البائع إلا باسترداد الحصة التى اشتراها منه، وإذا خرجت العين من يده نتيجة للقسمة لم تسر القسمة فى حق البائع وفاء بل له أن يسترد حصته المبيعة من يد من انتقلت إليه، وله دعوى شخصية ضد المشترى وفاء كما قدمنا.

٨٣- **متى يستعمل حق الاسترداد:** الحد الأقصى للمدة التى يجوز أن يستعمل فيها حق الاسترداد هو خمس سنوات[2]. فان اتفق المتعاقدان على أقل من هذه المدة، سرى ما اتفقا عليه. وإن اتفقا على أكثر، أنقص ما اتفقا عليه إلى خمس سنوات[3]. وإن سكتا عن تعيين المدة، اعتبرت المدة خمس سنوات[4]. والمدة تحسب بالتقويم الهجرى، بحسب المتبع فى عهد التقنين المدنى السابق. وتبدأ من وقت البيع[5]، ولا يحسب يوم البيع ويحسب يوم الاسترداد، وتحسب أيام الأعياد ولو انتهى بها الميعاد، لأن المدة مدة سقوط لا مدة تقادم، ومن ثم تسرى على القاصر ولو لم يكن له نائب[6].

وتنص المادة ٤٢٧/٣٤٢ مدنى سابق على أن «الميعاد المذكور محتم بحيث يترتب

(١) بودرى وسينيا فقرة ٦٥٧- بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٩٦ - قارن الأستاذ أنور سلطان فقرة ٣٧٨.

(٢) وفى التقنين المختلط سنتان، وفى التقنين المدنى الفرنسى خمس سنوات.

(٣) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن العقد الذى يظهر من روايته أنه بيع وفائى باستكماله أوضاع البيع الوفائى تسرى عليه الأحكام المختصة بذلك، ولا يصح اعتباره بيعاً تحت شرط أحقية البائع فى الفسخ فى أى وقت أراد. فإذا عين فى العقد المذكور ميعاد لاسترداد البائع العين المبيعة أكثر من خمس سنوات، وجب تنزيل الميعاد إلى خمس سنوات. وحق الرجوع فى البيع إما أن يكون مطلقاً بلا قيد وإما أن يكون مقيداً بشرط فاسخ، وفى جميع هذه الأحوال لا يعرف إلا ببيع وفائى. ولا يمكن أن تتجاوز مدة الرجوع خمس سنوات (٤ مايو سنة ١٩٠٥ الحقوق ٢٠ ص١٧٠).

(٤) أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٧ ص١٦٦ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٣١٩.

(٥) أو من وقت تحقق الشرط الواقف إذا كان بيع الوفاء معلقاً أيضاً على شرط واقف.

(٦) الأستاذ أنور سلطان فقرة ٣١٩.

على تجاوزه سقوط حق الاسترداد، ولا يجوز للمحكمة أن تحكم بعدم سقوط الحق فى أى حال من الأحوال ولو فى حالة القوة القاهرة». فإذا انقضى الميعاد ولم يستعمل البائع حقه فى الاسترداد، أصبح بيع الوفاء الذى كان معلقاً على شرط فاسخ بيعاً باتاً، وأصبح المشترى مالكاً للمبيع ملكاً باتاً منذ البيع لا منذ انقضاء المدة فحسب[1]، فأصبحت جميع تصرفاته فى البيع باتة. وعلى العكس من ذلك تزول ملكية البائع بأثر رجعى منذ البيع، وتزول جميع تصرفاته وتعتبر كأنها لم تكن، لأن هذا كله كان معلقاً على شرط واقف ولم يتحقق الشرط.

أما المتعاقدان فيستطيعان باتفاق لاحق مد الميعاد إذا كان أقل من الحد الأقصى بحيث لا تجاوز المدة بعد المد هذا الحد. وإذا اتفق المتعاقدان فى البداية على مدة معينة، ثم مداها بعد ذلك، فان كان الاتفاق على الحد قبل انتهاء المدة الأولى فالحكم ما تقدم، وإن كان بعد انتهاء المدة الأولى أمكن تفسير ذلك بأن بيع الوفاء أصبح باتاً بانتهاء المدة الأولى وأن المتعاقدين اتفقا بعد ذلك على بيع معلق على شرط واقف وحدد لتحقق الشرط مدة هى مقدار ما مد من الأجل (م٤٢٨ مختلط)[2]. ولا يجوز فى جميع الأحوال أن يضر الاتفاق على مد المدة بحقوق الغير[3]. فإذا فرض أن المدة التى حددت أولا هى سنتان،

(١) استئناف مصر ١٤ ديسمبر سنة ١٩٣٧ المجموعة الرسمية ٣٩ رقم ٤١– فإذا كان بيع الوفاء لم يسجل، ثم أصبح باتاً على النحو المشار إليه، جاز للمشترى رفع دعوى صحة التعاقد. وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان البائع بيعاً وفائياً لم يستعمل حقه فى استرداد المبيع فى الميعاد المتفق عليه، فرفع المشترى – بعد فوات مدة الاسترداد – دعوى صحة تعاقد على اعتبار أن هذا البيع بات، وتبينت المحكمة من بحثها واقعة تخلف شرط الاسترداد أن المهلة المحددة للاسترداد قد انقضت بغير أن ينفذ هذا الشرط، فإنه يكون لها أن تقضى بصحة التعاقد على اعتبار أن العقد أصبح بيعاً باتاً، إذ هذا التحول فى طبيعة العقد يتم حتما بحكم القانون بمجرد تخلف الشرط (نقض مدنى أول فبراير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر٤ رقم ٢٠٣ ص٥٥٦). هذا ولا يوجد ما يمنع، حتى قبل أن يصبح بيع الوفاء باتاً، من أن يطلب المشترى تسجيله على اعتبار أنه لا يزال بيع وفاء، فيرفع دعوى صحة التعاقد على هذا الأساس.

(٢) كولان وكابيتان٢ ص٥٥٤– ويذهب رأى إلى أن شرط المد يعتبر وعداً من جانب المشترى باعادة بيع المبيع للبائع، ومن ثم لا يكون له أثر رجعى، ولا يضر بحقوق الغير المكسوبة فى الفترة بين المد والاسترداد (الأستاذ أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ٤٨٧ ص٤٩٥).

وقد قررت محكمة النقض جواز مد المتبايعين للأجل فى عبارات يؤخذ عليها إغراقها فى الإطلاق، وكانت فى حاجة إلى شئ من التقييد. فقضت بأن المادة ٣٤٢ مدنى (قديم) وإن منعت المحاكم من مد الأجل المحدد من الاسترداد، فإنها لم تحل دون اتفاق المشترى مع البائع على التنازل عن حقه المقرر له بالمادة المذكورة كلياً بالتنازل عن صيرورة البيع باتاً نهائياً، أو جزئياً بمد الأجل المحدد للاسترداد. والاتفاق على ذلك جائز قبل فوات الأجل المحدد أولا للاسترداد، كما هو جائز بعد فواته، دون أن يؤثر ذلك فى طبيعة العقد وكونه قصد به أن يكون عقد بيع وفائى (نقض مدنى ٤ نوفمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٣٣ ص٦٥٥– وانظر فى انتقاد هذا الحكم الأستاذ سليمان مرقس ص٤٣٦).

(٣) ويجب تسجيله حتى يحتج به على الغير الذى كسب حقا بعد الاتفاق على المد (الأستاذ أنور سلطان فقرة ٣١٩ ص٣٦٩).

وفى غضون السنة الأولى رتب المشترى وفاء رهناً على العقار المبيع، ثم اتفق مع البائع قبل انتهاء الميعاد على مدة سنة ثالثة، فان الرهن يصبح باتا بانقضاء السنتين، لأن الدائن المرتهن كسب حقه معلقاً على شرط فاسخ يجب أن يتحقق فى هذه المدة، فإذا انقضت ولم يتحقق صار حقه باتا. أما إذا كسب دائن آخر رهناً على العقار بعد مد الميعاد ولو قبل انتهاء السنتين، فالميعاد الثانى الممدود هو الذى يسرى لا الميعاد الأول[1].

٨٤– كيف يستعمل حق الاسترداد: فى فرنسا اختلف الرأى فى الفقه. ففريق يذهب إلى أن البائع يستعمل حقه فى الاسترداد بعرضه الثمن والمصروفات على المشترى عرضاً حقيقياً، وفريق ثان يذهب إلى جواز الاقتصار على العرض الفعلى دون العرض الحقيقى، وفريق ثالث يذهب إلى عدم ضرورة العرض إطلاقاً ويكفى إظهار البائع للمشترى استعداده أن يدفع له فوراً الثمن والمصروفات فيتم الاسترداد بارادة منفردة من جانب البائع يعلن بها رغبته فى استرداد المبيع مع استعداده لرد الثمن والمصروفات. وبهذا الرأى الأخير يأخذ القضاء فى فرنسا، ويزيد عليه أن الاسترداد على هذا النحو يكون هو نفسه معلقاً على شرط واقف، ويتحقق الشرط بأن يرد البائع للمشترى فعلا الثمن والمصروفات، فان لم يردها اعتبر الاسترداد كأن لم يكن فيخلص للمشترى ملك المبيع باتاً ويأمن بذلك مزاحمة دائنى البائع.

أما فى مصر فالقضاء والفقه يذهبان إلى الأخذ بهذا الرأى الأخير، وإلى أن مجرد إظهار البائع استعداده لدفع الثمن والمصروفات كاف[2]. ولكن يحسن إذا أخذ بهذا الرأى، التمشى مع القضاء الفرنسى فى أن الاسترداد على هذا النحو يكون معلقاً على شرط واقف

(١) الأستاذان أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ٤٨٧ ص٤٩٦– ص٤٩٧.

(٢) استئناف مختلط ١٧ يناير سنة ١٨٨٩ م١ ص٣٤٣ – ١٩ أبريل سنة ١٨٩٤ م٦ ص٢٣٧– قنا الاستئنافية ١٩ سبتمبر سنة ١٩٠٣ المجموعة الرسمية٥ رقم ١/٤٥ ص٩٢– السنطة ١٨ سبتمبر سنة ١٨٩٩ المجموعة الرسمية ١ ص٢٠٦– جرانمولان فقرة ٢١٢– دى هلتس ٤ لفظ vente فقرة ٢٩٩ – الأستاذ محمد حلمى عيسى فقرة ٧٨١– ومع ذلك فقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه يجب إلى جانب إبداء الرغبة دفع الثمن فعلا فى الميعاد لوضوح نص المادة ٢٣٨ مدنى المعدلة بالقانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٢٣، ولا محل بعد هذا التعديل للاستناد على عبارة المادة ٣٤٤ مدنى للقول بغير ذلك، لأن المادة الأخيرة فى الواقع إنما وضعت خاصة لبيان ما يجب على البائع دفعه فوراً (٢٦ أكتوبر سنة ١٩٣٧ المجموعة الرسمية رقم ٢٠). وأنظر أيضاً فى هذا المعنى الأستاذين أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ٥٠٠.

واسترداد البائع المبيع إذا كان عقاراً يكفى فيه التأشير فى هامش تسجيل عقد بيع الوفاء، ولا تحصل رسوم نسبية على هذا التأشير بل يسترد البائع نصف الرسوم النسبية التى دفعت عند تسجيل بيع الوفاء ويردها البائع للمشترى. أما إذا أصبح بيع الوفاء باتا، ثم اتفق المتبايعان على شرط جديد للاسترداد، فلابد عند الاسترداد من تسجيل جديد، ويستوى فى ذلك أن يكون الاتفاق على شرط الاسترداد الجديد قد اعتبر بيعاً معلقاً على واقف أو وعداً بالبيع (الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٥٦ ص٤٣٤).

هو الدفع الفعلى، فإذا لم يتحقق هذا الشرط لم يعتبر البائع قد استرد وأصبح البيع باتاً لعدم الاسترداد، وبذلك يخلص للمشترى ملك المبيع فلا يزاحمه فيه دائنو البائع[1].

٨٥– الآثار التى تترتب على استعمال حق الاسترداد: تترتب على استعمال البائع لحق الاسترداد النتائج الآتية:

أولاً– ينفسخ بيع الوفاء ويعتبر كأن لم يكن، فتنفسخ تصرفات المشترى وفاء فى المبيع وقد كانت معلقة على شرط فاسخ فتحقق الشرط[2]، وتنفذ كل تصرفات البائع وقد كانت معلقة على شرط واقف فتحقق الشرط أيضاً.

ثانياً– يصبح البائع مديناً بما يأتى: (١) أصل الثمن. وليس من المحتم أن يكون الثمن الذى يرده البائع هو نفس الثمن الذى دفعه المشترى، وإن كان هذا هو الذى يقع غالباً. ولكن قد يتفق المتعاقدان على أن البائع يرد ثمناً أكثر أو أقل، إلا أنه فى حالة اشتراط رد ثمن أكثر يكون هذا موجباً للشك فى أن العقد رهن بربا فاحش. وليس على البائع رد فوائد الثمن، فان المشترى قد استغل المبيع مدة البيع الوفائى ويقوم ذلك مقام الفوائد حتى لا يجمع بين الفوائد والريع. بل إن اشتراط رد الفوائد يعتبر من القرائن على أن بيع الوفاء إنما هو رهن. (٢) المصروفات المترتبة على البيع والتى تترتب على استرداد المبيع. فيرد البائع للمشترى رسوم التسجيل، ويتحمل مصروفات الاسترداد من نقل المبيع والتأشير على هامش التسجيل وغير ذلك. (٣) المصروفات الضرورية التى صرفها المشترى غير ما صرفه فى صيانة المبيع، وكذلك فى المصروفات النافعة يرد أقل القيمتين ما صرف فعلا وما زاد فى قيمة المبيع. ويشترط فى المصروفات النافعة ألا تكون فاحشة، فقد يتعمد المشترى تحسين المبيع تحسيناً يعجز البائع عن رد مصروفاته. ففى هذه الحالة يكون البائع غير ملزم بردها وعلى المشترى أن يرد الشئ إلى أصله وينزع منه ما زاد عليه من بناء أو غراس أو غير ذلك[3].

---

(١) الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٦١ ص٤٤٠ – وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد – هو يقر بيع الوفاء وينظمه كما قدمنا – يتضمن نصاً (م٢/٦٢٢ من المشروع) يقول: «ويجوز للمشترى أن يحدد للبائع ميعاداً يلزمه فيه أن يعرض المبالغ المنصوص عليها فى الفقرة السابقة عرضاً حقيقياً، فإذا انقضى الميعاد ولم يقم البائع بذلك اعتبر فسخ البيع الذى ترتب على استعمال حق الاسترداد كأن لم يكن» (مجموعة الأعمال التحضيرية٤ ص١٧٣– ص١٧٤ فى الهامش).

(٢) وذلك فيما عدا التطهير والأخذ بالشفعة والإيجار على النحو الذى قدمناه (أنظر آنفاً فقرة ٨١).

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأن البائع وفائياً لا يلزم إلا برد المصروفات الضرورية التى صرفها المشترى لحفظ المبيع من التلف أو الهلاك، وكذلك بالمصروفات التى تزيد قيمة المبيع بقدر ما زاد من قيمته بشرط ألا تكون فاحشة، وأما المصروفات التى ينفقها المشترى لاستغلال المبيع وفائياً فلا يلزم بها البائع متى كان إنفاقها فى مقابل استغلاله لهذا المبيع وقبض ثمراته (نقض مدنى ٢ ديسمبر سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٢٦ ص١٩٩).

وإذا وقع نزاع بين البائع والمشترى على المبالغ الواجب ردها ولم يكن المشترى محقاً فيه، كان للبائع أن يعرض المبالغ التى يرى نفسه ملزماً بردها عرضاً حقيقياً ويودعها خزانة المحكمة، وله أن يخصم =

وليس للمشترى حق امتياز على المبيع، لأن الاسترداد فسخ للبيع الأول وليس بيع جديداً، ولكن يستطيع المشترى أن يعتبر الاسترداد كأن لم يكن إن لم يستوف الديو المتقدم ذكرها على الرأى الذى يذهب إليه. وللمشترى على كل حال حبس المبيع حتى استيفاء هذه الديون.

ثالثاً– يصبح المشترى مديناً برد المبيع. ولا يرد الثمرات لأنها فى مقابل الفوائد ويستحق منها بنسبة المدة التى بقى فيها بيع الوفاء دون فسخ، سواء كانت الثمرات طبيعية كمحصول الأرض[1] أو مدنية كأجرة المنزل. وإذا نقص المبيع، فإن كان بغير فعل المشترى لم يلزم بشئ ولكن للبائع ببداهة ألا يسترد، وإن كان بفعل المشترى فهو مسئول عنه.

(ب) بيع الوفاء فى عهد التقنين المدنى الجديد

٨٦– بيع الوفاء باطل– الاعمال التحضيرية للتقنين الجديد وما دار فى لجنة مجلس الشيوخ: قدمنا أن المادة ٤٦٥ من التقنين المدنى الجديد تنص على أنه «إذا احتفظ البائع عند البيع بحق استرداد المبيع خلال مدة معينة، وقع البيع باطلا». وذكرنا أن مشروع التقنين الجديد كان يقر بيع الوفاء وينظمه على غرار التنظيم الذى قدمناه فى عهد التقنين السابق. ولكن لجنة مجلس الشيوخ، عندما نظرت المشروع، انقسمت إلى رأيين[2]:

(الرأى الأول) ذهب إلى حذف هذه النصوص جملة واحدة، وعدم النص على بيع الوفاء اكتفاء بأحكام الرهن، إذ تبين من العمل أن كثيراً من البيوع الوفائية تستر رهوناً حيازية عقارية، حتى أن المشرع فى سنة ١٩٢٣ نص على أن البيع الوفائى إذا ستر رهناً كان العقد باطلاً بوصفه بيعاً أو رهناً. وقد دلل أصحاب هذا الرأى على صحة ما ذهبوا إليه بما يأتى: (١) أن بيع الوفاء لا وجود له إلا من الناحية النظرية، وهو فى الحقيقة يهدف إلى تحقيق أحكام الرهن من أيسر السبل. فنظام الرهن بنوعيه يغنى عنه، وبخاصة رهن الحيازة. (٢) أن هذا النظام يقضى على مزية حماية الملكية الصغيرة المتمثلة فى قانون خمسة الأفدنة، فيستطيع المرابى عن طريق بيع الوفاء أن يشترى أرض الفلاح الصغير وتخلص له ملكيتها إذا لم يسترد البائع، وكان لا يستطيع ذلك عن طريق الرهن إذ لا يستطيع الحجز على الأرض وهى لا تزيد على خمسة أفدنة. (٣) أن بيع الوفاء بدفع صغار

=رسم الإيداع. وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان المشترى وفائياً قد رفض قبول عرض الثمن والملحقات بغير مسوغ قانونى، فإن قيام ورثة البائع بخصم رسم الإيداع من المبلغ المعروض لا يؤثر فى صحة العرض والإيداع (نقض مدنى ٢ ديسمبر سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٢٦ ص١٩٩).

(١) ولا يشترط جنيه بالفعل.

(٢) أنظر مجموعة الأعمال التحضيرية٤ ص١٦٨– ص١٧٦.

...لاك إلى بيع أموالهم وهم يعتقدون أنهم سيستردونها ، والغالب أنهم يعجزون عن ذلك، ...ضيع عليهم أموالهم بأبخس الأثمان. (٤) أن البائع فى البيع الوفائى لا يستطيع أن يبيع ...اله مرة ثانية بيعاً باتاً، ويستطيع ذلك فى الرهن.

(والرأى الثانى) ذهب إلى الإبقاء على نظام بيع الوفاء، لأن فى حذف هذا النوع من ...بيوع انعدام بعض التصرفات المقبولة التى جرى عليه العمل. وليس من الصواب القول بأن ...كل بيع وفائى يستر رهناً، لأن المشترى فى بيع الوفاء الحقيقى يطمع بعد انقضاء المدة فى ...ن يكون مالكاً ملكا باتا والبائع يطمع فى أن يسترد ملكه، فإذا حرم البائع من هذا التصرف ...والحت عليه الحاجة وكان من صغار الملاك اضطر إلى بيع ملكه بيعاً نهائياً. وما دام القانون ...قد وضع الضمانات التى رآها كافية لحفظ الملك لصاحبه إذا رد الثمن، فلا محل لحذف ...بيع الوفاء.

وقد قيل من جانب الحكومة فى لجنة مجلس الشيوخ، تأييداً للرأى الثانى، إنه يجب الإبقاء على بيع الوفاء، لأن العمل أثبت الحاجة إليه. وفى الإمكان، حماية لصغار الملاك والفلاحين، الكشف عن البيوع الوفائية الساترة الرهون ومحاربتها، كما فعل المشرع المصرى فى سنة ١٩٢٣. وأما ما قيل من أن البائع فى البيع الوفائى لا يستطيع بيع ملكه مرة أخرى بيعاً نهائياً فمردود، لأنه يستطيع بيع حقه المعلن على شرط واقف وهذا لا يختلف كثيراً عن بيع ماله المرهون مثقلا بالرهن. والقائلون بالغاء البيع الوفائى لم يثبتوا أن العمل أبان أن بيع الوفاء ضرورة أكثر من نفعه. ثم وجهت الحكومة نظر اللجنة إلى أن حذف النصوص المتعلقة ببيع الوفاء من المشروع لا يمنع من تطبيق القواعد العامة، فيكون هناك بيع وفاء ولكنه غير منظم تنظيماً تشريعياً، وهذا وضع أسوأ. وليس أمام اللجنة إلا أحد طريقين: إما أن تبقى بيع الوفاء فتستبقى تنظيمه التشريعى، وإما أن تحرمه فتنص على ذلك نصاً صريحاً.

وقد رأت اللجنة تأجيل البت فى المسألة حتى تستطلع آراء المزارعين والمحامين فى شأنها. ثم أعادت اللجنة النظر فيها، ورأت حذف النصوص المتعلقة ببيع الوفاء والنص صراحة على تحريمه، لأن عدم النص على هذا التحريم يدع للناس مجالا للتعامل به مستهدين فيه بتطبيق القواعد العامة.

وجاء بعد ذلك فى تقرير لجنة مجلس الشيوخ، تلخيصاً لما دار فى المسألة من مناقشات، ما يأتى(١): «تناولت اللجنة بيع الوفاء، وقد رأت بالإجماع أن هذا النوع من البيع لم يعد يستجيب لحاجة حيوية فى التعامل، إنما هو وسيلة ملتوية من وسائل الضمان، تبدأ ستاراً لرهن، وينتهى الرهن إلى تجريد البائع من ملكه بثمن بخس. والواقع أن من يعمد إلى بيع الوفاء لا يحصل على ثمن يتناسب مع قيمة المبيع، بل يحصل عادة على ما

(١) أنظر مجموعة الأعمال التحضيرية٤ ص١٧٨ – ص١٧٩.

يحتاج إليه من مال ولو كان أقل بكثير من هذه القيمة. ويعتمد غالباً على احتمال وفائه بما قبض قبل انقضاء أجل الاسترداد. ولكنه قل أن يحسن التقدير. فإذا أخلف المستقبل ظنه وعجز عن تدبير الثمن خلال هذا الأجل، ضاع عليه دون أن يحصل على ما يتعادل مع قيمته، وتحمل غبنا ينبغى أن يدرأه القانون عنه. ولذلك روى أن تحذف النصوص الخاصة ببيع الوفاء، وأن يستعاض عنها بنص عام يحرم هذا البيع فى أية صورة من الصور. وبهذا لا يكون أمام الدائن والمدين إلا الالتجاء إلى الرهن الحيازى وغيره من وسائل الضمان التى نظمها القانون وأحاطها بما يكفل حقوق كل منهما، دون أن يتسع المجال لغبن قلما يؤمن جانبه».

٨٧– ما الذى يترتب على بطلان بيع الوفاء: فبيع الوفاء إذن، فى التقنين المدنى الجديد، باطل. ويمكن تأسيس هذا البطلان على هذا النص الخاص (م٤٦٥ مدنى)، كما يمكن القول إن البطلان هنا راجع إلى أن المشرع قد استحدث تغييراً فى نظرته إلى النظام العام، فوجد أن بيع الوفاء – ويقصد به عادة أن يكون ستاراً لتصرف غير مشروع – أمر مخالف للنظام العام، فيكون باطلا تطبيقاً للقواعد العامة فى البطلان(١)(1).

وأحكام هذا البطلان هى الأحكام التى تقررها القواعد العامة. فهو بطلان مطلق، لا تلحقه الإجازة(2)، ولا يرد عليه التقادم(3)، ويستطيع أن يتمسك به كل من كان له

(١) على أن القول بأن بطلان بيع الوفاء قاعدة من النظام العام قد يقتضى أن يكون النص القاضى بالبطلان أثر رجعى، فيسرى على بيوع الوفاء التى أبرمت قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩. فالأولى إذن أن يقال بأن قاعدة البطلان، وإن كانت تمت للمصلحة العامة، لا تعتبر من النظام العام، وبأن البطلان هنا مؤسس على نص خاص فى القانون (أنظر ما يلى فقرة ٨٩).

(1) اعتبار التصرف بيعا وفائيا شرطه اتجاه ارادة الطرفين وقت ابرام العقد إلى احتفاظ البائع بحق استرداد المبيع خلال مدة معينة، ادراج هذا الحق فى ورقة لاحقة جائز. بشرط المعاصرة الذهنية. اثره. بطلان البيع بطلانا مطلقا. جواز اثباته بكافة طرق الاثبات.

(جلسة ١٩٩٧/٤/٣ الطعن ١٣٩٧ لسنة ٥٣ق)

(جلسة ١٩٩٠/١/٢٤ الطعن ٢٤١٢ لسنة ٥٤ق)

(جلسة ١٩٦٩/١/٢٣ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٠ ص١٤٤)

(جلسة ١٩٦٧/٤/٢٧ مجموعة أحكام النقض السنة ١٨ ص٩١٨)

(2) أساس بطلان البيع الوفائى الذى يستر رهنا أنه غير مشروع ومن ثم لا تلحقه الاجازة ولا يترتب عليه أى أثر سواء بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير فيبقى المبيع على ملك البائع ويكون له أن يسترده.

(جلسة ١٩٨٥/٥/٩ الطعنان ٢٤٤، ٩٥٢ لسنة ٥١ق)

(جلسة ١٩٨٤/٦/٢١ الطعن ٦٢٤ لسنة ٥١ق)

(جلسة ١٩٨٢/١١/٢٥ الطعن ٢٢٢ لسنة ٤٩ق)

(جلسة ١٩٨١/٦/٢٥ الطعن ٧٨٨ لسنة ٤٨ق س٣٢ ص١٩٤٨)

(جلسة ١٩٦٧/٤/٢٧ الطعن ٥٨ لسنة ٣٤ق س١٨ ص٩١٨)

(3) متى كانت محكمة موضوع قد قضت ببطلان عقد البيع لما ثبت لديها أنه كان مقصودا به =

مصلحة فيه، ويجوز للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها. ولا يترتب عليه أثر[1]، لا فيما بين المتعاقدين، ولا بالنسبة إلى الغير، وفقاً للتفصيلات التى أوردناها عند الكلام فى البطلان فى الجزء الأول من الوسيط. فيجب على المشترى رد المبيع وثمراته إلى البائع، وله أن يسترد المصروفات الضرورية والمصروفات النافعة، وذلك كله طبقاً للقواعد المقررة فى هذا الشأن. ويجب على البائع أن يرد للمشترى فوراً ما قبضه من ثمن ولا يعتد بالأجل، ويكون الرد بموجب قاعدة استرداد غير المستحق. ولا يكون المبيع مثقلا بأى حق عينى لضمان رد الثمن، فان بيع الوفاء جعله القانون باطلا باعتباره بيعاً أو رهناً. وإذا كان قد سبق تسجيله، فعند تقرير البطلان يؤشر بذلك على هامش التسجيل.

وفى الفترة السابقة على تقرير بطلان بيع الوفاء، إذا تصرف المشترى فى المبيع ببيع أو رهن، اعتبر التصرف صادراً من غير مالك وجرى عليه حكمه. أما إذا تصرف البائع فى المبيع، فتصرفه صحيح لأنه هو المالك. وإذا انقضت المدة المحدد للاسترداد ولم يسترد البائع المبيع، فان ذلك لا يمنعه من التمسك ببطلان البيع[2]. أما إذا استرد البائع المبيع فى المدة المحددة، فلا عبرة بهذا الاسترداد، ويرجع المبيع إلى البائع لا بحكم الاسترداد وفسخ البيع، بل بحكم أن البيع باطل من الأصل كما سبق القول.

ولا يصلح بيع الوفاء، وهو بيع باطل، أن يكون سبباً صحيحاً للتقادم القصير. على أن المشترى وفاء إذا باع العين لمشتر حسن النية، ملكها المشترى الثانى فى المنقول بالحيازة، وأمكن أن يملكها فى العقار بالتقادم القصير، لأن البيع الصادر من المشترى وفاء بيع صادر من غير مالك فيجرى عليه حكمه.

٨٨– تمييز منطقة بيع الوفاء عن البيع المعلق على شرط فاسخ: ولما كان بيع الوفاء ليس إلا بيعاً معلقاً على شرط فاسخ، وكان دون سائر البيوع المعلقة على شرط فاسخ بيعاً باطلا فى التقنين المدنى الجديد، لذلك أصبح تمييزه عن هذه البيوع وتحديد منطقته أمراً بالغ الأهمية، حتى يختص هو وحده بالبطلان.

=اخفاء رهن فان نية المتعاقدين تكون قد انصرفت وقت التعاقد إلى الرهن لا إلى البيع كما يكون وضع يد المشترى وفاء هو سبب الرهن دون أى سبب آخر فتنتفى نية التملك منذ البداية ويصبح وضع اليد قائما على سبب وقتى ومعلوم لا يؤدى إلى اكتساب الملكية مهما طال أمده إلا إذا حصل تغيير فى سببه.

(جلسة ١٩٨١/٥/٦ الطعن ٥٧٩ لسنة ٤٨ق س٣٢ ص١٣٨٨)

(١) ولا يمكن حمل بيع الوفاء على أنه يستر فى الحقيقة رهناً فتجرى أحكام الرهن، فالعقد الساتر هنا عقد باطل بحكم القانون فلا يصلح أن يستر أى تصرف آخر، وقد قصد المشرع إبطال بيع الوفاء أصلا سواء باعتباره بيعاً أو رهناً (أنظر الأستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ٥٦).

(٢) وقد يبقى المشترى واضعاً يده على المبيع، كمالك ملكا باتا، بعد انقضاء مدة الاسترداد. ويستطيع فى هذه الحالة أن يتملك المبيع بالتقادم الطويل، دون التقادم القصير كما سيأتى.

ولا صعوبة فى تمييز الشرط الوفائى عن الشرط الفاسخ غير المتعلق بارادة البائع. ذلك أن الشرط الوفائى هو شرط يتعلق حتما بارادة البائع، إذ هو يسترد المبيع متى أعلن إرادته فى الاسترداد. فإذا كان الشرط الفاسخ غير متعلق بارادة البائع، أو متعلقاً بها وبأمر آخر خارج عنها، لم يكن هذا الشرط الفاسخ شرطاً وفائياً، وكان البيع المعلق عليه بيعاً صحيحاً. مثل ذلك أن يبيع موظف داراً له فى الاسكندرية، ويعلق البيع على شرط فاسخ هو نقله إلى هذه المدينة إذ يحتاج عند ذلك إلى الدار لسكناها، فالبيع هنا معلق على شرط خارج عن إراده البائع ويكون صحيحا. وإذا باع شخص داراً وعلق البيع على شرط فاسخ هو أن يتزوج، فالشرط هنا مختلط يتعلق بارادته وبارادة الزوجة، فلا يكون شرطاً وفائياً ويكون البيع المعلق عليه بيعاً صحيحاً.

ويدق الأمر عندما يكون الشرط الفاسخ متعلقاً بارادة البائع. فهناك شرط متعلق بارادة البائع وليس شرطاً وفائياً فيبقى معه البيع صحيحاً، وشرط متعلق بارادة البائع وهو شرط وفائى فيبطل معه البيع. ونرى أن التمييز بين الشرطين يقوم على الاعتبار الآتى: فى بعض الأحوال يجعل البائع لنفسه حق الفسخ ليستبقى فسحه من الوقت يتروى فيها كما فى البيع مع الاحتفاظ بحق العدول أو البيع المقترن بخيار الشرط[1]، ففى هذه الحالة يكون الشرط للتروى فيصح ويصح معه البيع. وفى أحوال أخرى يجعل البائع لنفسه حق الفسخ مؤملا أن يسترد المبيع برد الثمن، ففى هذه الحالة يكون الشرط وفائياً فيبطل ويبطل معه البيع. فالشرط الصحيح هو ما كان للتروى، والشرط الباطل هو ما كان للتمكن من استرداد المبيع.

ويمكن أن نتصور، بعد أن أصبح بيع الوفاء باطلا، أن تتحايل الناس لتجنب هذا الحكم باحدى وسيلتين[2]: (١) يبيع المالك العين للمشترى بيعاً باتاً، ثم يبيع المشترى بعقد جديد نفس العين للبائع معلقاً البيع على شرط واقف هو أن يسترد الثمن والمصروفات فى مدة معينة. (٢) يبيع المالك العين للمشترى بيعاً باتاً، ثم يبيع المشترى العين لأجنبى بعقد ثان، ثم يبيع الأجنبى العين للبائع بعقد ثالث معلقاً البيع على شرط واقف هو أن يرد

---

(١) أما البيع بشرط التجربة، فقد يكون بيعاً معلقاً على شرط فاسخ كما سبق القول، ولكن الشرط هنا لا يتعلق بارادة البائع بل بارادة المشترى، والقول فيه على كل حال للخبراء لا للمشترى فى إحدى صورتيه.

(٢) وهناك وسيلتان أخريان لا يستطيع المتعاملان أن يلجآ إليهما، إذ تقعان مباشرة تحت حظر القانون. الوسيلة الأولى أن يرهن المالك العين عند الدائن، ويشترط الدائن أم يتملك العين إذا لم يستوف الدين فى الميعاد، فيصل بذلك إلى النتيجة التى كان يصل إليها ببيع الوفاء. وهذه الطريقة حرمها القانون بنص صريح، هو المادة ١٠٥٢ مدنى فى الرهن الرسمى والمادة ١١٠٨ مدنى فى الرهن الحيازى. والوسيلة الثانية أن يعمد المتعاملان إلى إخفاء بيع الوفاء تحت ستار بيع بات لا يوجد فيه شرط وفائى، ويحرران بالشرط الوفائى ورقة ضد فيما بينهما وقد يؤخران تاريخها عن تاريخ البيع البات. وقد كشف القضاء منذ عهد التقنين المدنى السابق عن هذا التحايل، وأوردنا أحكاماً كثيرة تقضى بأن البيع فى هذه الحالة يعتبر بيعاً وفائياً، عاصر فيه الشرط الوفائى البيع ولو معاصرة ذهنية.

البائع الثمن والمصروفات فى خلال مدة معينة. وتمتاز هذه الوسيلة الثانية عن الوسيلة الأولى فى أنه قد توسط أجنبى ما بين البائع والمشترى، فجعل الشبهة أبعد(1). وعندنا أنه إذا اشتبه القاضى فى حقيقة البيع هل هو بيع وفائى فيبطله، وجب عليه ألا يقف عند تكييف المتابعين للعقد، بل يحلل الصفقة أو مجموعة الصفقات ليرى هل الغرض من ذلك هو ضمان رد المبيع إلى البائع إذا رد الثمن فإذا لم يرده خلصت ملكية المبيع للمشترى، فعند ذلك يكون التصرف ساتراً لبيع وفاء ويجب عليه الحكم ببطلانه(1). ومما يعينه على تبين ذلك القرائن التى كانت فى عهد التقنين المدنى السابق تتخذ دليلا على أن العقد رهن لا بيع وفاء. وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد- وقد أقر بيع الوفاء ونظمه كما قدمنا - يتضمن نصاً فى هذا المعنى هو المادة ٦٣١ من هذا المشروع، وكانت تقضى بما يأتى: «١- إذا ستر بيع الوفاء رهن حيازة عقاريا، كان العقد باطلا بوصفه بيعاً أو رهناً. ٢- ويعتبر بيع الوفاء ساتراً لرهن حيازى إذا اشترط فيه رد الثمن مع الفوائد أو إذا

(١) وهناك صورة يسهل تميزها عن صورة بيع الوفاء، وإن كانت بيعاً معلقاً على شرط فاسخ ويتحقق الشرط بإرادة البائع: يشترط البائع على المشترى أن يكون البيع معلقاً على شرط فاسخ هو عدم الوفاء بالثمن أو بقسط منه فى الميعاد المتفق عليه. وتتميز هذه الصورة عن بيع الوفاء بأن الثمن فيها مؤجل، أما الثمن فى بيع الوفاء فيكون عادة معجلا أو قريب الأجل. ويكون الفسخ فى هذه الصورة راجعاً إلى أن البائع لم يستوف الثمن، أما الفسخ فى بيع الوفاء فيرجع إلى أن البائع قد استوفى الثمن ثم رده إلى المشترى.

وقد يبيع شخص عيناً لآخر، ويعلق البيع على شرط واقف هو ألا يوفى البائع ديناً عليه للمشترى. فهذا ليس ببيع وفاء، ولكنه بيع قد يخفى رهناً اشترط فيه انتقال الملك فى الرهن إلى المرتهن إذا لم يستوف الدين فى الميعاد، فيكون هذا الشرط باطلا (استئناف مختلط أول ديسمبر سنة ١٨٩٧ م١٠ ص٢٦).

(1) أ- من المقرر أن اخفاء الرهن وراء البيع تعد تحايلا على القانون يترتب عليه بطلان البيع إذ أن عقد البيع الذى يخفى رهنا ويستطيع البائع فيه استرداد المبيع إذا هو رد الثمن انما هى صورة من بيع الوفاء الذى حظره المشرع بالنص على بطلانه فى المادة ٤٦٥ من القانون المدنى، وهذه الصورية النسبية تثبت بالبينة وسائر طرق الاثبات الأخرى دون التفات إلى نصوص العقد أو ما أصدره المتعاقدان واقرارات.

(جلسة ١٩٨١/٥/٦ الطعن ٥٧٩ لسنة ٤٨ق س٣٢ ص١٣٨٨)

(جلسة ١٩٦٦/١٢/٦ الطعن ٢٠٤ لسنة ٣٢ق س١٧ ص١٧٧٠)

ب- يشترط فى بيع الوفاء الذى يبطله القانون أن تتجه ارادة الطرفين وقت ابرام العقد إلى احتفاظ البائع بحق استرداد المبيع خلال فترة معينة ولا يلزم أن يدرج هذا الشرط فى ذات عقد البيع مادام الثابت أن الاتفاق قد تم على الأمرين معا فى وقت واحد وأن المعاصرة الذهنية وحق البائع فى الاسترداد تتحقق سواء أكانت الورقة سابقة أو لاحقة على البيع.

(جلسة ١٩٩٠/١١/٢٨ الطعن ٩٩٩ لسنة ٥٦ق)

(جلسة ١٩٨٧/٤/٣ الطعن ١٣٩٧ لسنة ٥٣ق)

(جلسة ١٩٨١/٦/٢٥ الطعن ٧٨٨ لسنة ٤٨ق س٣٢ ص١٩٤٨)

بقى المبيع فى حيازة البائع بأية صفة كانت. ويجوز بأية طريقة أخرى إثبات الرهن المستتر، دون الوقوف عند الألفاظ التى وردت فى العقد»(١). ونرى أن نستهدى بهذا المبدأ، ففى الصورتين اللتين قدمناهما، وفيها صدر البيع معلقاً على شرط واقف إلى البائع من المشترى أو من أجنبى، إذا سلم المشترى أو الأجنبى المبيع للبائع بالرغم من أن ملكية هذا البائع لا تزال معلقة على شرط واقف، أو كان على البائع أن يرد الثمن مع الفوائد، أو قامت قرائن أخرى كأن يرد البائع ثمناً أكبر أو أن تطول مدة التعليق كما يكون عادة فى مدة الاسترداد فى البيع الوفائى، سهل على القاضى أن يتبين أن العقد يستر بيع وفاء فيقضى ببطلانه(٢).

٨٩- ليس للتقنين الجديد أثر رجعى: رأينا أن التقنين المدنى الجديد قد استحدث حكم بطلان بيع الوفاء أصالة من غير تمييز بين بيع جدى وبيع يستر رهناً، فهذا الحكم الجديد وإن كان يمت للمصلحة العامة لا يعتبر من النظام العام، فلا يكون له أثر رجعى. ويترتب على ذلك أن كل بيع وفاء أبرم قبل ١٥ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٩ يبقى خاضعاً لأحكام التقنين المدنى السابق المعدل بالقانون رقم ٤٩/٥٠ لسنة ١٩٢٣، وتسرى عليه هذه الأحكام فلا يكون باطلا إلا إذا كان بيعاً يستر رهناً، وذلك حتى لو لم تكن مدة الاسترداد قد انقضت فى ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩(٣).

أما بيوع الوفاء التى تبرم ابتداء من يوم ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩، فهذه تخضع لأحكام التقنين المدنى الجديد، ومن ثم تكون باطلة حتى لو لم يثبت أن بيع الوفاء يستر رهناً(٤).

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية٤ ص١٩٠ فى الهامش.

(٢) وقد يعد المشترى البائع باعادة بيع المبيع له إذا أبدى البائع رغبته فى الشراء فى مدة معينة، فمثل هذا العقد جائز. وهو يختلف اختلافاً جوهرياً عن بيع الوفاء، إذ البائع فيه قد تجرد عن ملكية المبيع تجرداً نهائياً، وليس له إلا حق شخصى قد لا يستطيع بموجبه أن يسترد المبيع وذلك إذا تصرف المشترى فيه قبل أن يبدى البائع رغبته فى الشراء. أما فى بيع الوفاء فقد استبقى البائع على المبيع حق ملكية معلقاً على شرط واقف، وهو واثق من استرداد المبيع إذا هو استعمل حقه فى الاسترداد.

(٣) وآخر بيع وفاء يمكن تصوره خاضعاً لأحكام التقنين المدنى السابق هو بيع وفاء أبرم فى يوم ١٤ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٩ واتفق على أن تكون مدة الاسترداد فيه خمس سنوات. فيجوز فى مثل هذا البيع للبائع أن يسترد المبيع حتى يوم ١٤ من شهر أكتوبر سنة ١٩٥٤، وبعد هذا اليوم لا يمكن تصور استرداد صحيح يقع من البائع (الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٥٤). ولكن يمكن تصور نزاع يقوم بعد هذا التاريخ حول استرداد استعمل فى حدود هذا التاريخ، وقد يبقى النزاع سنين طويلة منظوراً أمام المحاكم ويلزمها فيه تطبيق أحكام التقنين المدنى السابق.

(٤) أنظر فى هذا المعنى الأستاذ أنور سلطان فقرة ٣٣٦ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٥٤ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١٠٩.

٤ – البيع بالتقسيط مع الاحتفاظ بالملكية حتى استيفاء الثمن أو الايجار السائر للبيع*

(vente à tempérament - location - vente)

٩٠– النصوص القانونية: تنص المادة ٤٣٠ من التقنين المدنى على ما يأتى:

«١– إذا كان البيع مؤجل الثمن، جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية إلى المشترى موقوفاً على استيفاء الثمن كله ولو تم تسليم المبيع».

«٢– فإذا كان الثمن يدفع أقساطاً، جاز للمتعاقدين أن يتفقا على أن يستبقى البائع جزءاً منه تعويضاً له عن فسخ البيع إذا لم توف جميع الأقساط، ومع ذلك يجوز للقاضى تبعاً للظروف أن يخفض التعويض المتفق عليه وفقاً للفقرة الثانية من المادة ٢٢٤».

«٣– فإذا ما وفيت الأقساط جميعاً، فان انتقال الملكية إلى المشترى يعتبر مستنداً إلى وقت البيع».

«٤– وتسرى أحكام الفقرات الثلاث السابقة ولو سمى المتعاقدان البيع إيجاراً»[(١)].

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق، ولكن الحكم كان معمولا به دون نص.

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى: فى التقنين المدنى السورى المادة

* **بعض رسائل حديثة فى الموضوع:** هابير (Habert) رسالة من باريس سنة ١٩٣١– فيدور (Fedor) رسالة من باريس سنة ١٩٣١ – مانيو (Magniaux) رسالة من رون سنة ١٩٣٣ – ميشليه (Michelet) رسالة من باريس سنة ١٩٣٣ – سجانيك (Sganek) رسالة من باريس سنة ١٩٣٣ – يونغ (Yung) رسالة من باريس سنة ١٩٣٣ – ليمستر (Le Mestre) رسالة من باريس سنة ١٩٣٦ – روسو (Rousséau) رسالة من باريس سنة ١٩٣٦ – فيلوتريكس (Villoutreix) دراسة اقتصادية وقانونية لبيع السيارات بالتقسيط رسالة من باريس سنة ١٩٣٦.
(أنظر فى هذا بلانيول وريبير وهامل ١٠ ص٢٥٦ هامش رقم ١).

(١) **تاريخ النص:** ورد هذا النص فى المادة ٥٧٠ من المشروع التمهيدى. وكانت الفقرة الأولى من المادة ٥٧٠ المذكورة تجرى على الوجه الآتى: «إذا كان البيع مؤجل الثمن، جاز للبائع يحتفظ بالملكية إلى أن يستوفى الثمن كله، حتى لو تم تسليم المبيع»، أما الفقرات الثلاث الأخيرة فلا تختلف عما استقرت عليه فى التقنين المدنى الجديد إلا فى بعض فروق لفظية. وأقرت لجنة المراجعة نص المشروع التمهيدى، وأصبح رقمه المادة ٤٤٣ فى المشروع النهائى. وفى لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب عدلت الفقرة الأولى إلى النص الذى استقر فى التقنين المدنى الجديد، لأن نص المشروع يوهم أن الملكية لم تنتقل بتاتاً من البائع إلى المشترى، مع أن الواقع أن الملكية تنتقل إلى المشترى معلقة على شرط واقف هو استيفاء الثمن كله، فعدلت اللجنة النص حتى يؤدى هذا المعنى بوضوح. وحذفت اللجنة من الفقرة الثالثة عبارة «عند الشك» حتى يكون العقد قاطعاً فى أن انتقال الملكية يستند دائماً إلى وقت البيع. ووافق مجلس النواب على النص كما عدلته لجنته. ووافق مجلس الشيوخ عليه تحت رقم ٤٣٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية٤ ص٤٧– ص٤٨ وص٥٠– ص٥١).

٣٩٨– وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٤١٩– وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٥٣٤– وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى لا يوجد مقابل للنص[(١)].

٩١– تطبيقات عملية: يقع كثيراً أن يبيع شخص عيناً بثمن مقسط، وحتى يستوثق من أن المشترى يوفى الثمن وتحرزا من إعساره يشترط أن يحتفظ بملكية البيع فلا تنتقل باتة إلى المشترى حتى يقوم بوفاء جميع أقساط الثمن. وأكثر ما يقع ذلك فى بيع السيارات والآلات الميكانيكية والدراجات وماكينات الخياطة والراديوهات والبيانوهات والآلات الكاتبة والبرادات (الثلاجات) والغسالات ونحو ذلك من المنقولات. وقد يقع أيضاً فى بيع المحلات التجارية والأراضى والدور والفيلات. فيجمع إلى أصل الثمن فوائده، ويقسم المجموع أقساطاً متساوية على عدد من الشهور أو السنين، إذا وفاها المشترى جميعها خلصت له ملكية المبيع[(٢)].

وأول صورة لهذا البيع كانت هى البيع بالتقسيط (vente à tempérament). ثم تدرج التعامل من هذه الصورة إلى صورة الإيجار الساتر للبيع (location vente). وهو الآن فى سبيله إلى التدرج نحو صورة ثالثة هى الإيجار المقترن بوعد بالبيع (location complétée par une promsse de vente). ونستعرض هذه الصور الثلاث التى وقف منها التقنين المدنى الجديد عند الصورتين الأوليين، لأنهما هما الصورتان، الأكثر انتشاراً.

(١) **التقنينات المدنية العربية الأخرى:**

التقنين المدنى السورى م٣٩٨ (مطابقة للمادة ٤٣٠ من التقنين المدنى المصرى – أنظر فى القانون المدنى السورى الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٩١– فقرة ٩٣).

التقنين المدنى الليبى ٤١٩ (مطابقة للمادة ٤٣٠ من التقنين المدنى المصرى).

التقنين المدنى العراقى م٥٣٤ (متفقة مع نص المشروع التمهيدى للمادة ٤٣٠ من التقنين المدنى المصرى والأحكام واحدة فى التقنين – أنظر فى القانون المدنى العراقى الأستاذ حسن الذنون فقرة ١٤١– فقرة ١٤٣– والأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٥٢– فقرة ٥٩ وفقرة ٣٠٢– فقرة ٣٠٤).

تقنين الموجبات والعقود اللبناني: ليس فيه نص مقابل، ولكن نص التقنين المصرى ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة، فيمكن الأخذ بأحكامه فى لبنان.

(٢) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد: «تجيز المادة أن يشترط البائع، إذا كان الثمن مؤجلا، أن يحتفظ بالملكية إلى أن يستوفى كل الثمن، حتى لو سلم المبيع قبل ذلك. وهذا ضمان تلجأ إليه عادة الشركات التى تبيع سلعها بالتقسيط– كالآلات وعربات النقل وكالأراضى التى تباع بأثمان مقسطة– فاحتفاظ البائع بملكية المبيع حتى يستوفى الثمن أبلغ فى الضمان من فسخ البيع بعد أن تكون الملكية قد انتقلت» (مجموعة الأعمال التحضيرية٤ ص٤٩).
وأنظر فى الناحيتين الاجتماعية الاقتصادية لهذا البيع، وفى انتشاره فى أمريكا، وفى أنه يهيئ السبيل لذوى الموارد المحدودة إلى الحصول على سلع ما كانوا يحصلون عليها لو كان الثمن واجب الدفع فوراً، ولكنه يخلق فى الوقت ذاته حاجات جديدة للناس، ويدفع التاجر إلى رفع سعر السلعة حتى يواجه احتمال إعسار المشترى وبخاصة فى أوقات الانكماش الاقتصادى: جوسران٢ فقرة ١٠٢٢– فقرة ١٠٢٣.

٩٢- البيع بالتقسيط: عرضت الفقرات الثلاث الأولى من المادة ٤٣٠ مدنى، كما
ينا، لحالة البيع بالتقسيط. فإذا باع تاجر عينا – سيارة أو آلة كاتبة أو راديو أو غير ذلك –
من مؤجل واجب الدفع فى ميعاد معين، أو بثمن مقسط أقساطاً متساوية على النحو
ذى قدمناه، واشترط البائع على المشترى أن يكون البيع معلقاً على شرط واقف هو وفاء
لمشترى بالثمن المؤجل فى الميعاد المحدد أو وفاؤه بالأقساط جميعاً فى المواعيد المتفق عليها،
ان البيع بهذا الشرط يكون صحيحاً. ويجب إعمال الشرط، حتى لو سلم البائع المبيع
لمشترى قبل استيفاء الثمن أو قبل استيفاء أى قسط من أقساطه.

وفى هذه الحالة تنتقل ملكية المبيع معلقة على شرط واقف إلى المشترى، ويستبقى
البائع ملكية المبيع معلقة على شرط فاسخ[١]. وكل من الشرط الواقف والشرط الفاسخ هنا
حادث واحد، هو أن يوفى المشترى بالثمن أو بأقساط فى الميعاد المحدد. فإذا فعل تحقق
الشرط الواقف وانتقلت الملكية باتة بأثر رجعى إلى المشترى، وتحقق فى الوقت ذاته الشرط
الفاسخ وزالت الملكية عن البائع بأثر رجعى أيضاً[٢]. ومن ذلك نرى أن البيع بالتقسيط هو
صورة معكوسة لبيع الوفاء، إذ فى بيع الوفاء يكون البائع هو المالك تحت شرط واقف
والمشترى مالك تحت شرط فاسخ.

---

(١) وقد احتفظ بها بموجب الشرط (clause de reservati domini- pactum reservati domini): أنظر استئناف مختلط ٢٧ يونيه سنة ١٩١٦ م٢٨ ص٤٤٥ – ٦ فبراير سنة ١٩١٧ م ص٢٠٠ – ٥ يونيه سنة ١٩١٧ م٢٩ ص٤٨٢ – وقد يشترط البائع – دون أن يحتفظ بملكية المبيع – ألا يتصرف المشترى فى البيع قبل الوفاء بثمنه، ما لم يوفى المشترى من المشترى بالثمن (استئناف مختلط ٢ مارس سنة ١٩١١ م٢٣ ص٢٠٨).

(٢) ويلاحظ أن البيع لو كان باتا غير معلق على شرط واقف، وتأخر المشترى عن دفع الثمن، جاز للبائع أن يطلب فسخ البيع. ولكن هذه الصورة تختلف عن الصورة التى نحن بصددها فى أمرين: (أ) الملكية فى البيع البات تنتقل إلى المشترى ملكية باته، أما فى البيع المعلق على شرط واقف فلا تنتقل إلا معلقة على هذا الشرط. (ب) ثم إن الملكية الباتة التى انتقلت إلى المشترى فى البيع البات لا تنفسخ من تلقاء نفسها بمجرد عدم وفاء المشترى بالثمن، بل لابد من حكم بالفسخ، والقاضى غير مجبر على فسخ البيع بل يجوز أن يمنح المشترى مهلة لدفع الثمن وفقاً للقواعد المقررة فى فسخ العقد. أما فى البيع المعلق على شرط واقف فمجرد تأخر المشترى فى الوفاء بالثمن يعتبر تخلفاً للشرط، فيعتبر البيع كأن لم يكن دون حاجة إلى حكم وفقاً للقواعد المقررة فى الشرط.

ولا يوجد ما يمنع من أن البيع، بدلا من تعليقه على شرط واقف، يكون معلقاً على شرط فاسخ هو عدم الوفاء بالثمن. فتنتقل الملكية إلى المشترى معلقة على شرط فاسخ، وإذا لم يف بالثمن يتحقق الشرط الفاسخ فيزول البيع بأثر رجعى دون حاجة إلى حكم. وهذه الصورة الأخيرة– وهى التى قلنا إنها تشتبه ببيع الوفاء فيما قدمناه (أنظر آنفاً فقرة ٨٨ فى الهامش)– تختلف عن البيع البات القابل للفسخ فى أن إنفساخ البيع فيها يكون من تلقاء نفسه بمجرد تحقق الشرط الفاسخ وفى البيع البات يكون الفسخ بحكم، وفى أن الذى ينتقل إلى المشترى فيها ملكية معلقة على شرط فاسخ وفى البيع البات تنتقل إلى المشترى ملكية باتة.

وقبل تحقق الشرط يكون المشترى، كما قدمنا، مالكاً للمبيع تحت شرط واقف[1]. ولا يمنع من وقف ملكيته أن يكون قد تسلم المبيع، فالذى انتقل إليه بالتسليم هو حيازة المبيع، أما الملكية فانتقلت إليه بالبيع موقوفة. ولكن ذلك لا يمنع المشترى من أن يتصرف فى هذه الملكية الموقوفة، ويكون تصرفه هو أيضاً معلقاً على شرط واقف. فيجوز له أن يتصرف فى المبيع بالبيع والرهن، ويكون المشترى من المشترى مالكاً تحت شرط واقف، كما يكون للمرتهن حق رهن معلق على شرط واقف. وإذا كان المبيع منقولا – كما هو الغالب – وتصرف فيه المشترى تصرفاً باتاً لمشتر حسن النية لا يعلم أن ملكية المشترى معلقة على شرط واقف، فقد تملكه المشترى من المشترى تملكاً باتاً بموجب الحيازة[١]. ولا يعتبر المشترى فى هذه الحالة مبدداً، فالتبديد يقتضى قيام عقد معين – الإيجار أو العارية أو الوديعة أو الرهن – وليس البيع بالتقسيط من بين هذه العقود[٢]. ولو أفلس المشترى، والشرط لا يزال معلقاً، كان الباقى من الثمن ديناً فى التفليسة يزاحم فيه البائع سائر دائنى المشترى إذ لا يكون امتياز البائع سارياً فى حق التفليسة ولا يستطيع البائع من جهة أخرى أن يسترد المبيع من التفليسة[٣]. فهذان أمران يجريان على غير ما يشتهى البائع: عدم

---

(١) استئناف مختلط ١٢ أبريل سنة ١٩٤٥ م٥٧ ص١٢٢ – بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢١٧ ص٢٥٧.

(٢) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢١٧ ص٢٥٧ – نقض فرنسى جنائى ١٨ أكتوبر سنة ١٩٣٤ سيريه ١٩٣٦ -١-٣٩- أول يونيه سنة ١٩٣٥ جازيت دى باليه ١٩٣٥- ٢- ٣١٥-٤ ديسمبر سنة ١٩٣٦ جازيت دى باليه ١٩٣٧-١-١٣٦.

ويلاحظ أن المادة ١/١٠٧ من قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ (والتى حلت محل المادة ٤٢ من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٥٧) قضت بأنه لا يجوز للمشترى التصرف فى المبيع قبل أداء الأقساط بأجملها إلا باذن مكتوب من البائع وكل تصرف يجريه المشترى بالمخالفة لهذا الحكم لا يكون نافذا فى حق البائع إذا أثبت علم المتصرف إليه وقت اجراء التصرف بعدم أداء الثمن بأكمله. ونصت الفقرة الثالثة من المادة المذكورة على العقوبة وهى الحبس مدة لا تجاوز ستة أشهر وبغرامة لا تجاوز ٥٠٠ جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين ويسرى على هذه الجريمة حكم المادة ١٨ مكررا من قانون الاجراءات الجنائية.

وتأمر النيابة العامة بوقف تنفيذ العقوبة إذا تم الصلح أثناء تنفيذها ولو بعد صيرورة الحكم باتا. فخلق المشرع المصرى اذن جريمة جديدة هى جريمة التصرف فى الشئ المبيع قبل الوفاء بكامل الثمن، ولكن هذه الجريمة لا تكون إلا فى البيوع التجارية– ويشترط فيها أن تكون حرفة البائع هى البيع بالتقسيط (انظر الاستاذ اسماعيل غانم ص٧٤ ص٧٥).

(1) مؤدى نص المادة ٣٢١/٤٣٠ من القانون المدنى أن البيع مع الاحتفاظ بحق الملكية هو بيع بات قام وان تراضى تنفيذ الالتزام بنقل الملكية إلى حين سداد كامل الثمن فهو ليس بيعا موقوفا على شرط سداد الثمن وانما المعلق على هذا الشرط هو انتقال الملكية فقط ومن ثم ينتج العقد كافة آثار البيع فإذا تم سداد كامل الثمن تحقق الشرط الموقوف عليه تنفيذ الالتزام بنقل الملكية ومن ثم انتقلت إلى المشترى باثر رجعى من وقت البيع.

(جلسة ١٩٩٩/٧/٥ الطعن ٤٦٠٩ لسنة ٦١ق)

(٣) انظر المادة ١/١٠٥ من قانون التجارة الجديد (المقابلة للمادة ٣٥٤ من قانون التجارة القديم) =

اعتبار المشترى مبدداً إذا تصرف فى المبيع، وعدم استطاعة البائع استرداد المبيع عيناً من التفليسة.

وإذا تحقق الشرط، ووفى المشترى بالثمن، فقد صار مالكاً للمبيع هو وثمراته منذ البداية، وزال عن البائع ملكيته للمبيع بأثر رجعى. أما إذا تخلف الشرط، وتأخر المشترى عن دفع الثمن، فان ملكية المشترى التى كانت معلقة على شرط واقف تزول بأثر رجعى لعدم تحقق الشرط[1]، وتعود الملكية باتة إلى البائع منذ البداية إذ أن البيع يعتبر كأن لم يكن. ولا يحتاج البائع فى ذلك إلى حكم بزوال البيع، فان تخلف الشرط الواقف وحده كاف فى ذلك وفقاً للقواعد المقررة فى الشرط[2]. وللبائع فى هذه الحالة أن يطالب

=الأستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ٦١ - ٦٢ وفقرة ١٨١- بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢١٧ ص٢٥٧- ص٢٥٨- أنسكلوبيدى داللوز٣ لفظ location- vente فقرة ٢٨- فقرة ٣٠.

(١) زوال ملكية المشترى لعدم تحقق الشرط الواقف هو التعبير الصحيح، والتعبير فى هذا المقام بلفظ «الزوال» أدق من التعبير بلفظ «الفسخ» الذى ورد فى الفقرة الثانية من المادة ٤٣٠ مدنى.

(٢) على أنه من الممكن القول بأن البائع بالخيار، فإما أن يعتبر أن الشرط الواقف قد تخلف فزال البيع كما قدمنا، وإما أن ينفذ على أموال المشترى بالباقي من الثمن ويكون له على المبيع بالذات حق امتياز البائع. وإمكان اختياره للتنفيذ بباقي الثمن يؤسس على أنه قد نزل عن الشرط وهو مقرر لمصلحته فيجوز له النزول عنه. وقد يقال أيضاً إن للبائع أن يعتبر تخلف الشرط الواقف راجعاً إلى تعمد المشترى فقد امتنع عن الوفاء بالثمن، فيكون الشرط فى حكم المتحقق ويصبح البيع باتاً ويجوز للبائع أن ينفذ بالباقى من الثمن.

وتصرح المذكرة الإيضاحية بجواز أن يطالب البائع بتنفيذ البيع بدلا من المطالبة بفسخه (الأدق: بدلا من المطالبة بزواله) فتقول: «وغنى عن البيان أن البائع يستطيع، بدلا من المطالبة بفسخ البيع، أن يطالب بتنفيذ العقد، فيقتضي من المشترى ما بقى في ذمته من الأقساط». (مجموعة الأعمال التحضيرية٤ ص٤٩). والفقه المصرى أيضاً يقول بذلك: أنظر الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ١٢٤ ص٢٢٠ - الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٨٥ ص١٣٠- الأستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ٦١ ص٨٩ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١١ ص٢١- الأستاذين أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ٢٤٧.

وعلى هذا الرأى أيضاً سار القضاء. فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن للبائع أن يطالب بتنفيذ البيع مع احتفاظه بشرط استبقاء الملكية (٢٣ ديسمبر سنة ١٩٣٦ م٤٩ ص٤٦- ولكن قارن ٧ ديسمبر سنة ١٩٤٤ م٥٧ ص٢٢). وإذا طلب الفسخ لم يحتفظ بما قبض من أقساط ولكن له أن يطلب تعويضاً يراعى فيه قيمة الشئ وقت استرداده (استئناف مختلط ٧ ديسمبر سنة ١٩٤٤ م٥٧ ص٢٢ وقد سبقت الإشارة إليه)، فإذا حجز على المبيع للتنفيذ بالثمن فقد نزل عن حقه فى استبقاء الملكية (استئناف مختلط ١٦ يناير سنة ١٩٤٧ م٥٩ ص٤٦). على أن مجرد حصول البائع على حكم بالباقى من الثمن لا يفيد حتما نزوله عن شرط استبقاء الملكية (استئناف مختلط ٢٧ مايو سنة ١٩٣٠ م٤٢ ص٥٢١- ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٣٢ م٤٥ ص٩٢- ٦ يونيه سنة ١٩٣٤ م٤٦ ص٣١٥). فإذا اختار تنفيذ الحكم بالباقى من الثمن لم يجز له الرجوع إلى المطالبة بفسخ البيع (استئناف مختلط ٦ فبراير ١٩٣٤ م٤٦ ص١٥٦). ولا يجوز له اتخاذ إجراءات التنفيذ وإجراءات الفسخ فى وقت واحد (استئناف مختلط ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٣٤ م٤٧ ص٣٠). ولكن التنبيه لا يعتبر حتما نزولا عن طلب الفسخ، فللبائع العدول عن التنبيه بالدفع إلى طلب الفسخ (استئناف =

المشترى بتعويض، ويغلب أن يكون قد اشترط فى عقد البيع أن يكون التعويض هو احتفاظه بكل أو بعض الأقساط التى يكون قد استوفاها. ويعتبر هذا الشرط شرطاً جزائياً تسرى عليه أحكام الشرط الجزائى، وأهم هذه الأحكام - وهو ما تشير إليه الفقرة الثانية من المادة ٤٣٠ مدنى - أنه يجوز للقاضى تخفيضه إذا كان مبالغاً فيه. ويكون مبالغاً فيه إذا كان المشترى قد وفى عدداً كبيراً من الأقساط بحيث يكون احتفاظ البائع بها يزيد كثيراً على الضرر الذى لحقه من جراء عدم استيفائه الباقى من الثمن[1]. ففى هذه الحالة يحكم للقاضى بارجاع بعض هذه الأقساط إلى المشترى، ويحتفظ البائع من الأقساط التى استوفاها بما يكفى لتعويضه[2].

٩٣- الايجار السائر للبيع: وحتى يتجنب البائع المحظورين اللذين أشرنا إليهما - عدم اعتبار المشترى مبدداً إذا تصرف فى المبيع قبل الوفاء بالثمن وعدم استطاعة البائع استرداد العين من تفليسة المشترى - يعمد فى كثير من الأحيان أن يخفى البيع بالتقسيط تحت ستار عقد الإيجار، فيسمى البيع إيجاراً. وغرضه من ذلك ألا تنتقل ملكية المبيع إلى المشترى بمجرد العقد، حتى هذه الملكية المعلق على شرط واقف والتى كانت هى المانعة من اعتبار المشترى مبدداً ومن استرداد البائع للمبيع من التفليسة. فيصف المتعاقدان العقد بأنه إيجار، ويصفان أقساط الثمن بأنها هى الأجرة مقسطة، ثم يتفقان على أنه إذا وفى المشترى بهذه الأقساط انقلب الإيجار بيعاً وانتقلت ملكية المبيع باتة

=مختلط ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٦ م٢٨ ص٢٤٠). أما توقيع الحجز فيعتبر نزولا عن المطالبة بالفسخ (استئناف ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٦ م٤٨ ص٢٤٠ وقد سبقت الرشارة إليه).

أما فى فرنسا فيجيز القضاء والفقه، فى الإيجار السائر للبائع، أن يعدل المستأجر عن الصفقة، فيرد الشئ إلى المؤجر، ويعتبر الأقساط التى دفعها أجرة فى مقابل انتفاعه بالشئ، ولا يستطيع المؤجر إجباره على المضى فى الصفقة ودفع بقية الأقساط ليتحول الإيجار بيعاً (نقض مدني فرنسي أول يوليه سنة ١٩٢٥ سيريه ١٩٢٦-١-٢٦١- أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ location- vente فقرة ١٧).

(١) ويبدو أنه ما دام التخفيض جائزاً تبعاً لجسامة الضرر، فإن وجود الضرر نفسه يكون شرطاً لاستحقاق البائع أى جزء من الأقساط المرفوعة، فإن لم يصبه أى ضرر وجب عليه رد كل الأقساط (قارن الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٤٤ ص٦٩ - ص٧٠- الأستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ١٧٩ ص٢٥٩- ص٢٦٠).

(٢) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد: «وتجيز المادة أن يشترط البائع، فى حالة عدم سداد الأقساط وفسخ البيع تبعاً لذلك، أن تستبقى الأقساط المدفوعة (وهى جزء من الثمن) على سبيل التعويض. إلا أن المشروع كيف هذا الاتفاق بأنه شرط جزائى، وأجاز تخفيضه تطبيقاً للقواعد التى قررت فى هذا الشأن (م٣٠٢ فقرة ثانية من المشروع)، حتى يمنع التعسف الذى يقع فى هذه الأحوال. فقد يحدث أن البائع يكون قد استوفى أكثر الأقساط، ثم يفسخ البيع لعدم استيفاء ما بقى منها، ويحتفظ بكل الأقساط التى استوفاها، وفى هذا عنت على المشترى يستطيع القاضى أن يدفعه إذا خفض الشرط الجزائى وقضي بأن يرد للبائع بعض هذه الأقساط. وغنى عن البيان أن البائع يستطيع، بدلا من المطالبة بفسخ البيع، أن يطالب بتنفيذ العقد، فيقتضى من المشترى ما بقى فى ذمته من الأقساط» (مجموعة الأعمال التحضيرية٤ ص٤٩).

إلى المشترى. وحتى يحكما ستر البائع يتفقان فى بعض الحالات على أن يزيد الثمن قليلا على مجموع الأقساط، فتكون الأقساط التي يدفعها المشترى هى أقساط الأجرة لا أقساط الثمن، فإذا وفاها جميعاً ووفى فوق ذلك مبلغاً إضافياً يمثل الثمن انقلب الإيجار بيعا باتا.

ويحسب البائع بذلك أنه قد حصن نفسه: (١) فهو أولا وصف البيع بأنه إيجار، وسلم العين للمشترى على اعتبار أنه مستأجر، فإذا تصرف المشترى فيها وهو لا يزال مستأجراً أى قبل الوفاء بالثمن، فقد ارتكب جريمة التبديد ومن ضمن عقودها الإيجار. (٢) وهو ثانياً قد أمن شر إفلاس المشترى، إذ لو أفلس وهو لا يزال مستأجراً، فان البائع لا يزال مالكاً للمبيع ملكية باتة، فيستطيع أن يسترده من تفليسة المشترى[١](1).

ولكن بالرغم من تذرع المتعاقدين بعقد الإيجار يستران به البيع، فان الغرض الذى يرميان إلى تحقيقه واضح. فقد قصدا أن يكون الإيجار عقداً صوريا يستر العقد الحقيقى وهو البيع بالتقسيط، والمبلغ الإضافى الذى جعله المتعاقدان ثمنا ليس إلا ثمنا رمزيا والثمن الحقيقى إنما هو هذه الأقساط التى يسميانها أجرة. ومن ثم قضت الفقرة الرابعة من المادة ٤٣٠ مدنى بأن أحكام البيع بالتقسيط تسرى على العقد «ولو سمى المتعاقدان البيع إيجاراً»[٢]. ويترتب على ذلك أن الإيجار الساتر للبيع يعتبر بيعا محضا، وتسرى عليه أحكام

(١) أما إذا هلك الشئ بسبب أجنبى فى يد المشترى، فإنه يهلك من مال البائع. ويستوى فى ذلك أن يعتبر العقد إيجاراً إذ البائع يكون مؤجراً فهو المالك للشئ فيهلك عليه، أو يعتبر بيعاً معلقاً على شرط واقف إذ الهلاك فى هذه الحالة يكون على البائع، ولا يكون لتحقق الشرط الواقف أثر رجعى وفقاً للقواعد المقررة فى الشرط (قارن الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٥٤ ص١٧٣ – الأستاذ مصطفى الزرقا فى البيع فى القانون المدنى السورى فقرة ٩١ ص١٢٩).

ويلاحظ أنه إذا كان البيع معلقاً على شرط واقف وهلك المبيع، فإنه يهلك على البائع، حتى لو كان قد سلم المبيع إلى المشترى فهلك بعد التسليم. ويتحقق ذلك فى صورتين عمليتين: البيع بالتجربة والبيع بالتقسيط.

(٢) الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٤٤ ص٦٨ وص٧٠ – الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٨٥ ص١٢٩ وفقرة ١٧ ص٢٧ – الأستاذ جميل الشرقاوى فقرة ٥٠ ص١٣١ – ص١٣٢ الأستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ٦٤ ص٩٦ – ص٩٧ وفقرة ٦٥ – فقرة ٦٦.

(1) متى كان الواقع فى الدعوى هو أن الطاعن الأول أجر إلى الطاعنين الثانى والثالث السيارة التى صدمت مورث المطعون عليهم بمقتضى عقد اشترط فيه انتقال ملكية العين المؤجرة إلى المستأجرين بعد دفع كل الاقساط – عقد اجارة المبيع – وكان الحكم المطعون فيه اذ حمل ذلك الطاعن المسئولية عن الحادث بالتضامن مع الطاعنين الثانى والثالث قد أقام قضاءه على ما استخلصته المحكمة استخلاصا سائغا من نصوص العقد من أنه ما زال وقت الحادث مالكا للسيارة وله بمقتضى العقد حق الاشراف والرقابة على من كان يقودها إذ ذاك، وتسبب بخطئه فى وقوعه، كان هذا الذى أورده الحكم كافيا لحمله ومؤدياً إلى ما انتهى إليه ومن ثم يكون النعى عليه بالقصور على غير أساس.
(جلسة ١٩٥١/٥/٢٤ مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض فى الـ٢٥ عاما ٤٢ ص٩٧٤).

البيع بالتقسيط التى ذكرها[١]. وأهمها أن تنتقل ملكية المبيع إلى المشترى معلقة على شرط واقف منذ إبرام العقد. وانتقال الملكية إلى المشترى على هذا النحو يترتب عليه أنه إذا تصرف المشترى فى المبيع قبل الوفاء بالثمن لم يعتبر مبدداً(1)، وأنه إذا أفلس

(١) وقد حسم التقنين المدنى الجديد كما نرى الخلاف فى هذه المسألة بنص صريح. فقد كانت مسألة خلافية فى عهد التقنين المدنى السابق. فذهب رأى إلى أن العقد إيجار مقترن بشرط فاسخ ومصحوب ببيع معلق على شرط واقف (استئناف مختلط ٣٠ أبريل سنة ١٩١٣ م٢٥ ص٣٥٠– ٢٦ أبريل سنة ١٩١٦ م٢٨ ص٢٧٨• وأنظر فى انتقاد هذا الرأى الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١١ ص٢٢ – ص٢٣). وذهب رأى إلى اعتبار العقد مركباً يهدف إلى غرضين مختلفين فى وقت واحد، نقل الملكية إلى المشترى وتأمين البائع من إعساره، ولا يمكن الفصل ما بين الغرضين دون أن تشوه إرادة المتعاقدين، ومن ثم يكون العقد عقداً غير مسمى (رسالة الأستاذ الشيتى فقرة ٦٥ ص٨٦). وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن حقيقية العقد بيع لا إيجار (١١ ديسمبر سنة ١٩٢٩ م٤٢ ص٨٩– ١٨ ديسمبر سنة ١٩٤١ م٥٤ ص٢٧)، ولكنه بيع احتفظ فيه البائع بالملكية حتى الوفاء بالثمن (استئناف مختلط ٢٠ مايو سنة ١٩٣٠ م٤٢ ص٥١٠ – ٢٥ يناير ١٩٣١ م٤٣ ص١٨٢ – ١٩ يناير سنة ١٩٣٢ م٤٤ ص١٢٢– ٢٩ مارس سنة ١٩٣٢ م٤٤ ص٢٥٢– ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٣٤ م٤٨ ص٣٠– ٢ أبريل سنة ١٩٣٥ م٤٧ ص٢٢٤– ١٤ ديسمبر سنة ١٩٣٧ م٥٠ ص٥٤). ويجب أن يكون العقد واضحاً فى أنه بيع مع احتفاظ البائع بالملكية حتى الوفاء بالثمن، فلا يتضمن شروطاً متعارضة (استئناف مختلط ٢٩ أبريل سنة ١٩٣٠ م٤٢ ص٤٥٩– ١٩ نوفمبر سنة ١٩٣٥ م٤٨ ص٢٥– ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٣٦ م٤٩ ص٤٦)، ولا يستخلص من مجرد أن البائع قد اشترط حلول الباقى من الأقساط إذا تأخر المشترى فى دفع قسط (استئناف مختلط ١٩ نوفمبر سنة ١٩٣٥ م٤٨ ص٢٥ وقد سبقت الإشارة إليه). ولا يجوز للبائع، إذا تأخر المشترى فى الدفع، أن يبيع المبيع بدون ترخيص من القضاء ولو كان ذلك مشترطاً فى العقد وأن يحتفظ فى الوقت ذاته بالأقساط المدفوعة (استئناف مختلط ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٨ م٥١ ص٨٢). وإذا احتفظ البائع بملكية آلة زراعية، منع ذلك من أن تصبح هذه الآلة عقاراً بالتخصيص فى أرض المشترى (استئناف مختلط ١٨ ديسمبر سنة ١٩٤١ م٥٤ ص٢٧). وللبائع المحتفظ بملكية المبيع، إذا تأخر المشترى فى دفع الأقساط، أن يحجر على المبيع حجزاً استحقاقياً (saisie- revendication) (استئناف مختلط ٢٥ يونيه سنة ١٩٤٢ م٥٤ ص٢٥٦).

وذهبت محكمة النقض إلى أن تكييف للعقد هل هو بيع أو إيجار يتبع فيه قصد المتعاقدين، وتستخلص محكمة الموضوع هذا القصد مستهدية بنصوص العقد. فقضت بأن التكييف القانونى للعقود المصطلح على تسميتها فى فرنسا باسم location-vente لا يزال موضع خلاف بين المحاكم والفقهاء، فإذا اعتبر قاضى الموضوع عقداً من هذا القبيل عقد بيع، مستهدياً فى ذلك بنصوص العقد ومستظهراً منها حقيقة قصد المتعاقدين وقت التعاقد بحيث لم يقع منه تحيف لأى نص من نصوصه ولا مسخ لحكم من أحكامه، بل كل ما فعل إنما هو تغليب لمعنى من المعانى الواردة به على معنى آخر، فإن محكمة النقض لا تستطيع سوى إقرار ما ذهبت إليه (نقض جنائى ٢١ مايو سنة ١٩٣٤ المجموعة الرسمية ٣٥ رقم ٢٠٦).

(1) لا يعتبر المشترى بتصرفه فى المبيع مرتكبا لجريمة خيانة الأمانة لتخلف ركنها الأساسى وهو تسلم الجانى المال بموجب عقد من عقود الامانة التى عدتها المادة ٣٤١ من قانون العقوبات، ولكنه يعتبر مرتكبا للجريمة المنصوص عليها فى المادتين ٤٢، ٤٥ من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٥٧ الخاص ببعض البيوع التجارية (تقابلها المادة ٣،١/١٠٧ من قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة =

المشترى[١] لم يستطع البائع أن يسترد المبيع من التفليسة[٢].

٩٤- الايجار المقترن بوعد بالبيع: وقد لا يتحدث المتعاقدان عن بيع أصلا فى عقد الإيجار، فيصدر العقد على أنه إيجار محض، ولكنه مقترن بوعد بالبيع من المؤجر إذا أبدى المستأجر رغبته فى الشراء خلال مدة الإيجار. ونرى فى هذه الحالة التمييز بين فرضين.

(الفرض الأول) أن يكون المتعاقدان يريدان فى الحقيقة بيعاً بالتقسيط منذ البداية. وآية ذلك أن يجعل المؤجر الوعد بالبيع الصادر منه معلقاً على شرط وفاء المستأجر بأقساط الإيجار فى مواعيدها، وأن يجعل الثمن فى حالة ظهور رغبة المستأجر فى الشراء هو أقساط الإيجار وقد يضاف إليها مبلغ رمزى. ففى هذا الفرض يكون العقد بيعاً بالتقسيط لا إيجاراً، ويعتبر المشترى مالكاً تحت شرط واقف[1]، فلا يكون مبدداً إذا هو تصرف فى

=١٩٩٩) إذ قضت المادة ٤٥ على عقاب من يخالف حكم المادة ٤٢ التى حظرت على من يشترى سلعة بالتقسيط أن يتصرف فيها بغير اذن سابق من البائع.

(جلسة ١٩٧٨/١١/٢٩ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٩ ص١٨٠٦).

(١) لكن إذا حجز دائنو المشترى على العين، فإن البائع يستطيع أن يفسخ البيع، كما أن له حق امتياز على العين يتقدم به على دائنى المشترى. أما إذا اعتبر البائع مؤجراً، فإنه يبقى مالكاً للعين، ويكون الحجز الموقع من دائنى المستأجر حجزاً باطلاً (أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ location-vente فقرة ٣٣- فقرة ٣٤). فإذا كان دائن المشترى هو مؤجر المكان الذى وضعت فيه العين، فإن له امتيازاً يسبق امتياز البائع ولو اعتبر هذا البائع مؤجراً، إذ القاعدة أن مؤجر المكان له امتياز على المنقولات فى العين المؤجرة حتى لو كانت هذه المنقولات ملكاً للغير ما دام المؤجر حسن النية (أنسكلوبيدى داللوز ٣ لفظ location-vente فقرة ٣٥).

(٢) وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى: «وقد حسم المشروع إشكالا بإيراده هذا النص، فقد جرت العادة أن البيع الذى يبرم على هذا النحو يسميه المتعاقدان إيجاراً إمعاناً من البائع فى ضمان حقه، إذ هو بذلك يستوفى الأقساط أجرة لا ثمناً، وإذا ما تصرف المشترى فى المبيع عد هذا منه تبديداً. فأقر المشروع الأمور فى نصابها، وسمى الأشياء بأسمائها حتى لو سميت باسم آخر، فهذا العقد بيع لا إيجار، ويعتبر معلقاً على شرط واقف هو سداد الأقساط جميعها، فإذا ما سددت انتقلت الملكية إلى المشترى منسحبة إلى وقت البيع» (مجموعة الأعمال التحضيرية٤ ص٤٩- ص٥٠).

أما فى فرنسا - حيث لا يوجد نص مماثل للنص الذى أورده التقنين المدنى المصرى الجديد مقتبساً إياه من المادة ٤٤٥ من التقنين المدنى الألمانى والمادة ٣٣١ من المشروع الفرنسى الإيطالى (أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية٤ ص٤٩)- فيعتبر الإيجار الساتر للبيع إيجاراً فيما بين المتعاقدين فيكون المشترى مبدداً إذا تصرف فى المبيع قبل الوفاء بالثمن، ولكنه بالنسبة إلى دائنى المشترى يعتبر بيعاً فلا يستطيع البائع أن يسترد المبيع من تفليسة المشترى (أنظر بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢١٩- بلانيول وريبير وبولانجيه٢ فقرة ٢٤٣٥- فقرة ٢٤٣٦ - أنسيكلوبيدى داللوز٣ لفظ location-vente فقرة ١٠- فقرة ٣٥).

(1) وعند تأمين المشترى على السيارة المبيعة مع الاحتفاظ بحق الملكية فأنه الذى يستحق قيمة التلف دون البائع حتى ولو كان الأخير هو المستفيد فى عقد التأمين، إذ أن ذلك لا يخوله إلا قبض قيمة التأمين فى حالة الهلاك الكلى، وقد قضت محكمة النقض بأن «إذا كانت قيمة اصلاح الاضرار التى سببها الحادث هى من حق المؤمن له الذى صدرت الوثيقة باسمه وقام بسداد أقساط التأمين =

المبيع قبل الوفاء بالثمن، ولا يستطيع البائع استرداد المبيع من تفليسة المشترى[١].

(الفرض الثانى) أن يعقد المتعاقدان إيجاراً جديا يقترن به وعد بالبيع. فيؤجر المالك داراً أو سيارة لآخر مدة معينة بأجرة تدفع أقساطاً، ويعد المالك المستأجر فى عقد الإيجار بأن يبيع منه الدار أو السيارة إذا هو أبدى رغبته فى شرائها فى خلال مدة الإيجار. ويكون للعين الموعود ببيعها ثمن جدى مستقل عن أقساط الأجرة، ويتناسب هذا الثمن مع قيمة العين[٢]، وتكون الأقساط التى يدفعها المستأجر هى أقساط لأجرة حقيقية وليست أقساط الثمن. ففى هذا الفرض يكون العقد إيجاراً لا بيعاً بالتقسيط، فلا تنتقل الملكية إلى المستأجر، وإذا تصرف المستأجر فى السيارة التى استأجرها كان مبدداً، وإذا أفلس استرد المؤجر السيارة من تفليسته. فإذا ما أظهر المستأجر رغبته فى شراء العين، انتهى عقد الإيجار، وتم عقد بيع بنقل الملكية إلى المشترى من وقت ظهور الرغبة ولا يستند بأثر رجعى إلى وقت الإيجار. وزال التزام المستأجر بدفع أقساط الأجرة، وحل محله التزام المشترى بدفع الثمن المتفق عليه، ويكون الثمن مضموناً بحق امتياز على المبيع.

=ولانه هو المستقل للسيارة ومن حقه أن تظل السيارة فى حالة صالحة للاستعمال والاستغلال، أما الشركة البائعة فان حقها فى اقتضاء باقى الثمن انما تضمنه السندات الأذنية الصادرة من المشترى كما تضمنه السيارة ذاتها التى احتفظت بملكيتها أما كونها هى المستفيدة عن عقد التأمين فان ذلك لا يعطيها إلا الحق فى قبض مقابل التأمين فى حالة الهلاك الكلى، لما كان ذلك فان النعى على الحكم بالقصور فى التسبب يكون فى غير محله.

(جلسة ١٩٨٠/٥/١٩ الطعن ٧٤ لسنة ٤٧ق)

(١) أنظر عكس ذلك فى فرنسا بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢٢٠ ص٢٦١. ولكن أنظر فى أن العقد قد يكون بيعاً معلقاً على شرط فاسخ كولان وكابيتان ٢ فقرة ٨٣٥ ص٥٥٨- وقد صدرت فى فرنسا قوانين مختلفة تنظم بعضاً من هذه البيوع: أنظر قانون ٢٩ ديسمبر سنة١٩٣٤ فى تنظيم بيع السيارات بالتقسيط، وقد جعلت أحكامه تسرى على بيع الجرارات الزراعية بموجب قانون ٢ نوفمبر سنة ١٩٤١. وأنظر قانون ١٢ مارس سنة ١٩٠٠ فى تنظيم بيع الأوراق المالية بالتقسيط، وقانون ١٤ ديسمبر سنة ١٩٢٦ فى تحريم بيع الأوراق المالية ذات «اليانصيب» (valeurs à lots) بالتقسيط لما تنطوى عليه عادة من استغلال للمشترى، وجعلت العقوبة فى هذا القانون هى عقوبة النصب- وقارن فى مصر القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٥٧ فى شأن بعض البيوع التجارية، وقد خلق جريمة جديدة هى جريمة التصرف فى الشئ المبيع قبل الوفاء بكامل الثمن (أنظر آنفاً فقرة ٩٢ فى الهامش).

أنظر فى بيع قريب من البيع بالتقسيط هو البيع عن طريق الاشتراك (vente par abonnement) كالاشتراك فى الجرائد والمجلات والمياه والغاز والنور، بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٤٣٨.

(٢) الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ١٢٤ ص٢٢٠ - الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ١٧ ص٢٦ - ص٢٨.

٥– البيع مع حق التقرير بالشراء عن الغير

(vente avec faculté d'élire command- avec déclaration de command - avec élection d'ami)

٩٥– الصور العملية لهذا البيع: يقع في العمل أن شخصاً يريد شراء شئ معين، ولكنه لا يريد أن يظهر نفسه مشتريا، إما لعدم رغبته في ذيوع الخبر لسبب خاص به، وإما لخشيته من أن البائع إذا علم أنه هو المشترى يطلب ثمناً عالياً لعلمه أنه رجل ثرى، أو أن له مصلحة بارزة، أو حاجة ملحة، لإتمام هذه الصفقة. فيعمد من يرغب في الشراء إلى إخفاء اسمه، ويكلف صديقاً أو وسيطاً أن يتقدم هو لشراء الشئ على أن يشترط لنفسه حق التقرير بالشراء عن الغير. ولا تتسع النيابة العادية لهذه الصورة من صور التعامل، إذ لو أن الوسيط تقدم وكيلا عن المشترى لانكشف اسم الموكل، والموكل يريد كتمان اسمه كما قدمنا[1]، كذلك لا يتسع التعاقد بمسخر أو باسم مستعار prête-nom، إذ لو تقدم الوسيط للشراء باسمه الحقيقي كوسيط مسخر، لوقع العقد له هو، ولاحتاج في نقل ملكية الشئ لمن وسطه في الشراء إلى عقد بيع جديد برسوم جديدة، ولانتقلت الملكية إلى هذا الأخير مثقلة بالحقوق العينية والتكاليف الآتية من جانب الوسيط. لم يبق إذن إلا أن يشترى الوسيط الشئ باسمه مع احتفاظه بالحق في أن يقرر في مدة يتفق عليها أنه اشترى لشخص يعلن اسمه، ومتى أعلن الاسم وقع البيع مباشرة لهذا الشخص الآخر، ويعتبر الوسيط نائباً عنه في الشراء. فإذا لم يعلن الوسيط اسم أحد في المدة المعينة، بقى البيع باسمه واعتبر أصيلا في الشراء لا نائباً.

ويجوز أن يكون للبيع مع حق التقرير بالشراء عن الغير صور عملية أخرى. منها أن شخصاً يعلم بحاجة شخص آخر إلى شراء شئ معين،، ولا يتسع الوقت أو لا تواتي الظروف أن يطلب إليه تفويضاً في شرائه، فيقدم على شراء الشئ باسمه مع الاحتفاظ بحق التقرير

(1) من يعير اسمه ليس إلا وكيلا عمن اعاره وحكمه هو حكم وكيل فيمتنع عليه قانونا أن يستأثر لنفسه بشئ وكل في ان يحصل عليه لحساب موكله ولا فارق بينه وبين غيره من الوكلاء إلا من ناحية أن وكالته مستترة، وهو يقتضي أن تعتبر الصفقة فيما بين الموكل والوكيل قد تمت لمصلحة الموكل ولحسابه فيكسب كل ما ينشأ عن التعاقد من حقوق ولا يكسب الوكيل من هذه الحقوق شيئا ولا يكون له أن يتحيل بأى وسيلة للاستئثار بالصفقة دونه، ومن ثم فإذا كان التعاقد يتعلق ببيع عقار كانت الملكية للاصيل فيما بينه وبين وكيله وان كانت للوكيل يعتبر الاسم فيما بينه وبين البائع والغير ويرجع ذلك إلى أنه مهما كان للوكيل السخرة من ملكية ظاهرة في مواجهة الكافة فأنها ملكية صورية بالنسبة للاصيل يمنع من الاحتجاج بها قبله قيام الوكالة الكاشفة لحقيقة الأمر بينهما– وينتج عن هذا أن الأصيل لا يحتاج لكى يحتج على وكيله المسخر عليه بملكية ما اشتراه– إلى صدور تصرف جديد بين الوكيل ينقل به الملكية إليه • إذ يعتبر الأصيل فى علاقته بالوكيل هو المالك بغير حاجة إلى أى إجراء وانما يلزم ذلك الاجراء فى علاقة الأصيل بالغير.
(جلسة ١٩٦٤/١١/٢٦ مجموعة أحكام النقض السنة ١٥ ص١٠٧٣)

بالشراء عن الغير، ثم يعرض الصفقة بعد ذلك على الشخص الآخر، فان قبلها قرر المشترى أنه اشترى باسم هذا الشخص الآخر، وإلا استبقى الصفقة لنفسه. ومن صور هذا البيع أيضاً ألا يكون عند المشترى فكرة واضحة عن شخص آخر يشترى له الصفقة، فيشترى الصفقة باسمه مع الاحتفاظ بحق التقرير بالشراء عن الغير، ثم ينتظر بعد ذلك فقد يجد الشخص الملائم الذى يريد الصفقة فيعلن اسمه، أو يجد الخير في استبقاء الصفقة لنفسه. ومن صور هذا البيع أخيراً صورة خاصة نص عليها تقنين المرافعات وسيأتي تفصيلها فيما يلي:

ومن ذلك نرى أنه حتى يكون هناك بيع مع التقرير بالشراء عن الغير، يجب توافر شرطين:

(١) أن يحتفظ المشترى عند الشراء – لا بعده – بحقه في التقرير بالشراء عن الغير (faculté d'élire command)(١).

(٢) أن يتفق مع البائع على مدة يعلن المشترى في خلالها اسم من اشترى له الصفقة، فان لم يفعل بقيت الصفقة له. وتكون هذه المدة في العادة مدة قصيرة، حتى لا يبقى البائع معلقاً مدة طويلة لا يدرى أباع للوسيط أم باع لغيره(٢).

ويجوز أن يكون الاحتفاظ بحق التقرير بالشراء عن الغير في أي بيع، سواء كان بيعاً بالممارسة أو بيعاً بالمزاد(٣). ولم يرد فيه نص في التقنين المدني المصرى، ولا في التقنين المدني الفرنسي(٤)، وفي مصر تسرى القواعد العامة على هذا العقد(٥)، فننظر في حكمه

(١) فيقرر أنه يشترى لنفسه أو لغيره، وقد يقرر أنه يشترى لنفسه ولغيره وهذا لا يلزمه بأن يستبقى لنفسه جزءاً من الصفقة (بودرى وسينيا فقرة ١٧٦ ص١٧٠).
ويستثنى من هذا الشرط الصورة الخاصة التى نص عليها تقنين المرافعات كما سنرى.

(٢) بودرى وسينيا فقرة ١٨٣ – بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢١٣.

(٣) بل إن هذا الضرب من التعامل بدأ في العقود بالمزاد أمام القضاء، وانتقل منها بعد ذلك إلى العقود بالممارسة (كولان وكابيتان ٢ فقرة ٨٣٦ ص٥٥٨). وكانت محكمة الاستئناف المختلطة في حكم قديم لها قد قضت بأن التقرير بالشراء عن الغير لا يجوز إلا في البيوع القضائية (استئناف مختلط ٢٨ نوفمبر سنة ١٨٨٩ م٢ ص٢٥). ولكنه يجوز في كل البيوع، الاختيارية والجبرية، غير القضائية والقضائية (الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٨٦ ص٥٤٧– وانظر في أن الحكم الصادر من محكمة الاستئناف المختلطة المشار إليه إنما يمنع التقرير بالشراء عن الغير في البيوع غير القضائية إذا لم يوجد شرط بذلك في البيع الأستاذين أحمد نجيب الهلالي وحامد زكي ص٥٥٠ هامش رقم ٣).

(٤) ولكن هناك تشريعات فرنسية قديمة، صدرت أثناء الثورة الفرنسية، ذكرت هذا البيع. وكان معروفاً في القانون الفرنسي القديم، وله تقاليد قديمة، فنظمته تشريعات الثورة الفرنسية، واستكمل تنظيمه الفقه والقضاء في فرنسا (بودرى وسينيا فقرة ١٧٣ – بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢١٣– بلانيول وريبير وبولانجيه٢ فقرة ٢٣٢٨– كولان وكابيتان٢ فقرة ٨٣٦ ص٥٥٨– جوسران٢ فقرة ١٠٦٢).

(٥) فيما عدا الصورة الخاصة التى عرض لها تقنين المرافعات في المادة ٤٤٤ (تقابلها ٦٧٠ مرافعات قديم) وسيأتي ذكرها – وأنظر في جواز التعامل بهذا البيع في مصر جوانمولان فقرة ٢٢٢– الأستاذين أحمد نجيب الهلالي وحامد زكي فقرة ٥٠٠ ص٥٥١.

قبل التقرير بالشراء عن الغير، ثم ننظر كيف يكون هذا التقرير، وما هى الآثار التى تترتب عليه إذا وقع أو إذا لم يقع.

٩٦- حكم البيع قبل التقرير بالشراء عن الغير: ينعقد البيع صحيحاً بالشرط المتقدم الذكر. وقبل أن يستعمل المشترى حقه فى التقرير بالشراء عن الغير وإعلان إسم هذا الغير، وفى خلال المدة التى عينت لهذا التقرير، يكون البيع موصوفاً بالخصوصية الآتية: المشترى للصفقة قد يكون هو الذى تقدم للشراء وقد يكون شخصاً آخر سيعلنه هذا المشترى فى الميعاد المحدد. فالمشترى إذن شخص تخييرى[1]، إذا جاز نقل هذا التعبير المعروف من محل الالتزام إلى طرف الالتزام، وتعيينه بيد من تقدم للشراء محتفظاً بهذا الحق، فيكون إما هو ذاته أو يكون شخصاً آخر يعلن اسمه فى خلال المدة المتفق عليها.

وليس من تقدم للشراء مجبراً، بطبيعة الحال، على التقرير بالشراء عن الغير، فهذا حق احتفظ به لنفسه، فله أن ينزل عنه ويحتفظ لنفسه بالصفقة[2]. وهو فى هذا ليس فى حاجة إلى أن يتقدم بتقرير يبين فيه أنه يحتفظ بالصفقة لنفسه، بل يكفى أن يدع الميعاد المحدد ينقضى دون أن يقرر أنه اشترى لشخص آخر، فيكون هو المشترى على وجه بات.

ويجوز له أن يتصرف فى المبيع، فيبيعه أو يرهنه أو يرتب عليه حق ارتفاق أو حق انتفاع أو غير ذلك، ويحمل تصرفه فى هذه الحالة على أنه قرر ضمناً أن يستبقى الصفقة لنفسه، لأنه لا يفعل ذلك إلا إذا كان مالكاً للمبيع[3]. ولكن أعمال الإدارة- كأن يرمم

(١) أنظر كولان وكابيتان ٢ فقرة ٨٣٦ ص٥٥٨.

(٢) ومن أجل هذا لا يعتبر من تقدم للشراء وكيلا عادياً، لأن الوكيل لا يستطيع أن يحتفظ بالصفقة لنفسه، إذ هى تقع مباشرة لموكله. بل ليس ضرورياً لمن تقدم للشراء، إذا أراد أن يكون وكيلا، أن تكون الوكالة قد صدرت إليه قبل الشراء كما هو شأن الوكيل العادى (بودرى وسينيا فقرة ١٧٥).
وقد قضت محكمة النقض بأن تكييف العلاقة القانونية بين المشترى الذى يحتفظ بحق اختيار الغير وبين المشترى المستتر بأنها وكالة تجرى أحكامها على الآثار التى تترتب على هذه العلاقة بين الطرفين وبالنسبة إلى الغير، غير جار على إطلاقه. فان بين أحكام الوكالة والأحكام التى يخضع لها شرط اختيار الغير والاثار التى تترتب عليه تنافراً، فاستناد ملكية المشترى المستتر إلى عقد البيع الأول رغم عدم وجود تفويض أو توكيل منه إلى المشترى الظاهر قبل البيع، وبقاء العين فى ملكية المشترى الظاهر إذا لم يعمل حقه فى الاختيار أو إذا أعمله بعد الميعاد المتفق عليه، وهى أحكام مقررة فى شرط اختيار الغير، كلها تخالف أحكام الوكالة تماماً. ولئن كان الفقه والقضاء فى فرنسا قد ذهبا فى تبرير إسناد ملكية المشترى المستتر إلى العقد الأول، وهو أهم ما يقصد من شرط اختيار الغير، إلى افتراض وكالة المشترى الظاهر عن الغير، إلا أن ذلك ليس إلا مجازاً مقصوراً على حالة ما إذا أعمل المشترى حقه فى اختيار الغير فى الميعاد المتفق عليه مع البائع. أما قبل ذلك، أو إذا لم يعمل هذا الحق، أو إذا أعمله بعد هذا الميعاد، فالافتراض يزول وتزول معه كل الآثار المترتبة على الوكالة (نقض مدنى ٩ مارس سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٨١ ص٣١٢- وقد سبق ذكر هذا الحكم آنفاً عند التمييز بين عقد البيع وعقد الوكالة انظر فقرة ١١ فى الهامش).

(٣) بودرى وسينيا فقرة ١٨٢ ص١٧٣- بلانيول وريبير وهامل ١٠ ص٢٥٢ هامش رقم ٤- الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٣٨٦ ص٥٤٦.

المبيع أو يؤجره أو يودعه - لا يستخلص منها أنه قرر استبقاء الصفقة لنفسه، بل يجوز له أن يقوم بها مع استبقاء الحق فى التقرير بالشراء عن الغير، لأن القيام بأعمال الإدارة لا يتنافى مع الاحتفاظ بهذا الحق[1].

٩٧- كيف يكون التقرير بالشراء عن الغير: فإذا لم يرد المشترى أن يستبقى الصفقة لنفسه، فعليه أن يقرر بالشراء عن الغير الذى اشترى له الصفقة. وليس لهذا التقرير شكل خاص، فيكفى أن يخطر البائع بأنه يقرر أنه اشترى لشخص معين ويذكر اسم هذا الشخص. ولكن عليه أن يثبت صدور هذا الإخطار منه وفقاً للقواعد العامة، فإذا كان الثمن يزيد على خمسمائة جنيه وجب الإثبات بالكتابة أو بما يقوم مقامها. فيحسن إذن أن يكون الإخطار بالكتابة، بكتاب مسجل أو بانذار على يد محضر، حتى يتوفر للمشترى وسيلة قوية للإثبات.

ويجب أن يعلم البائع بهذا التقرير فى الميعاد المتفق عليه. فإذا انقضى هذا الميعاد ولم يصل إلى علم البائع تقرير من المشترى، اعتبر البائع أن الصفقة قد وقعت نهائياً للمشترى، وكان هذا هو المسئول عن التزامات المشترى وله جميع حقوقه، حتى إذا أعلن المشترى اسم شخص آخر بعد انقضاء المدة، عد هذا الإعلان منه بيعاً جديداً إذا قبله الشخص الآخر[2].

وإذا أعلن المشترى اسم الشخص الذى اشترى له فى الميعاد، فإذا كان هذا الشخص قد قبل الصفقة من قبل واتفق مع المشترى على أن يتقدم للشراء لحسابه لم يلزم قبول منه آخر. وإذا كان لم يسبق منه قبول للصفقة، فعند ذلك يجب أن يصدر منه قبول، لأنه لا يجبر على أن يحل محل المشترى دون قبول منه. لذلك يجوز للبائع، بعد أن يصله تقرير المشترى بالشراء عن الغير، أن يطلب من المشترى إثبات قبول هذا الغير للصفقة، قبولا سابقاً أو قبولاً لاحقاً. فإذا لم يستطع المشترى إثبات ذلك، فان تقريره بالشراء للغير لا ينتج أثراً، وتقع الصفقة له هو لا للغير[3].

وإذا قرر المشترى أنه اشترى لشخص معين على النحو المتقدم الذكر، وجب أن تقع الصفقة لهذا الشخص المعين بنفس الثمن وبنفس شروط البيع الذى تم. فان اختلف الثمن أو اختلفت الشروط، كان التقرير بيعاً جديداً صادراً من المشترى للغير إذا قبله هذا، ووجب دفع رسوم جديدة، وتنتقل الملكية فيه من المشترى إلى الغير مثقلة بجميع التكاليف الآتية من جانب المشترى[4].

(١) بودرى وسينيا فقرة ١٨٢ ص١٧٣ - ص١٧٤- بلانيول وريبير وهامل ١٠ ص٢٥٤ هامش رقم٤.

(٢) بودرى وسينيا فقرة ١٧٧.

(٣) وإذا صدر قبول من الغير وكان هذا الغير ناقص الأهلية، ولم تلحق الإجازة قبوله فأبطل، وقعت الصفقة للمشترى الظاهر، وهناك رأى مرجوح يذهب إلى أن البيع نفسه يبطل (بلانيول وريبير وهامل ١٠ ص٢٥٤ هامش رقم ٢- الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٨٦ ص٥٤٥).

(٤) بودرى وسينيا فقرة ١٧٩ ص١٧١- بلانيول وريبير وهامل١٠ فقرة ٢١٥ ص٢٥٤.

وقد يعلن المشترى، لا شخصاً واحداً تقع له الصفقة، بل شخصين أو أكثر، فتقع الصفقة لهؤلاء الأشخاص المتعددين[١]. وقد يستبقى جزءاً من الصفقة لنفسه، ويعلن اسم شخص آخر يقع له الباقى من الصفقة[٢].

٩٨- حكم البيع بعد التقرير بالشراء عن الغير: فإذا قرر المشترى أنه اشترى للغير، وقعت الصفقة لهذا الغير كما سبق القول، واعتبر أنه هو المشترى مباشرة من البائع، وأن المشترى الظاهر لم يكن إلا وكيلا عنه[٣]، ولا تتقاضى إلا رسوم واحدة إذ لا يوجد إلا بيع واحد.

ومن ثم يكون للشخص الذى أعلن اسمه جميع حقوق المشترى يطالب بها البائع مباشرة، لأنه اشترى منه عن طريق نائب عنه هو المشترى الظاهر. فيجوز للمشترى الحقيقى أن يطالب البائع بنقل ملكية المبيع إليه وبتسليمه إياه، ويرجع عليه مباشرة بضمان الاستحقاق وبضمان العيوب الخفية وبجميع الحقوق التى تكون للبائع بموجب هذا البيع الذى أبرم بين البائع والمشترى الظاهر.

كذلك يكون على الشخص الذى أعلن اسمه جميع التزامات المشترى. فللبائع أن يطالبه مباشرة بالثمن والفوائد والمصروفات. وليس للبائع أن يرجع على المشترى الظاهر بشئ من ذلك. وإذا كان المشترى الظاهر قد دفع عند التعاقد الثمن للبائع، كان على المشترى الحقيقى أن يرده للمشترى الظاهر، ولكن دون أن يكون للمشترى الظاهر حق امتياز على المبيع، فانه يرجع على المشترى الحقيقى بالثمن إما بدعوى الوكالة إذا كان متفقاً معه على أن يدفع الثمن عنه، وإما بدعوى الإثراء بلا سبب إذا لم يكن متفقاً معه على ذلك. وليس هو بائعاً للمشترى حتى يكون له امتياز الثمن، فقد قدمنا أن المشترى الحقيقى يعتبر مشترياً مباشرة من البائع دون توسط المشترى الظاهر الذى لم يكن فى هذا البيع إلا نائباً عنه. ولكن لا يوجد ما يمنع من أن المشترى الظاهر يلتزم شخصياً بدفع الثمن للبائع.

---

(١) ولكل من هؤلاء الأشخاص المتعددين الحصة التى أعلنها المشترى، فإذا لم يعلن هذا حصة كل منهم فالمفروض أن حصصهم متساوية. ويشترط فى ذلك ألا يختلف الثمن أو الشروط كما قدمنا، فإذا أعلن المشترى أن كلا من الأشخاص المتعددين يتحمل جزءاً معيناً من الثمن، وجب أن يكون مجموع ما يدفعونه جميعاً معادلاً للثمن الأصلى دون زيادة أو نقصان، وإلا اعتبر التقرير بيعاً جديداً كما سبق القول (بودرى وسينيا فقرة ١٧٩ ص١٧١- ص١٧٢- بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢١٥ ص٢٥٤).

(٢) فإذا أعلن المشترى مثلا أنه اشترى المبيع نصفه لنفسه ونصفه لشخص آخر، انقسم الثمن عليهما مناصفة، واعتبر كل منهما مشترياً للنصف من البائع مباشرة (بودرى وسينيا فقرة ١٧٩ ص١٧٢).

ويجوز لمن تقدم للشراء أن يتقاضى ممن اشترى له أجرة على الخدمة التى أسداها إياه، وللقاضى التثبت من أن هذه الأجرة ليست فى حقيقتها زيادة فى الثمن الأصلى (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢١٥ ص٢٥٤- الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٨٦ ص٥٤٥).

(٣) بلانيول وريبير وبولانجيه٢ فقرة ٢٣٣٠.

ويعتبر فى هذه الحالة كفيلا للمشترى بالثمن. ولا تعارض بين صفته هذه ككفيل وصفته كنائب فى الشراء، فان الوكيل بالشراء قد يكون كفيلا بالثمن للموكل[١].

ويترتب على أن البيع يعتبر صادراً مباشرة من البائع إلى المشترى الحقيقى وأن المشترى الظاهر يعتبر وكيلا بالشراء عن المشترى الحقيقى[1]، أنه إذا أخذ أحد دائنى المشترى الظاهر اختصاصاً على العقار المبيع فى المدة السابقة على التقرير بالشراء، سقط حق الاختصاص هذا لوقوعه على عقار غير مملوك للمدين[٢]. أما إذا رتب المشترى الظاهر بنفسه على المبيع حقوقاً عينية أو تكاليف، كرهن أو حق ارتفاق أو حق انتفاع، فقد قدمنا أن هذا يعتبر منه نزولاً ضمنياً عن حقه فى التقرير بالشراء عن الغير فتستقر الصفقة له. وإذا أخذ شفيع العقار المبيع بالشفعة، لم يؤثر فى الأخذ بالشفعة أن تستقر الصفقة للمشترى الظاهر أو أن يقرر هذا أنه اشترى لشخص آخر، فى الحالتين تصح الشفعة لأن العبرة فيها بالعقار المشفوع فيه ولا يعتد بشخص المشترى[٣][2].

---

(١) بودرى وسينيا فقرة ١٧٩ ص١٧٢ وفقرة ١٨١- بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢١٤ ص٢٥٣.

(٢) بودرى وسينيا فقرة ١٨٢ ص١٧٣- بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢١٤ ص٢٥٢.

(1) أ- البيع مع حق التقرير بالشراء عن الغير وإن لم يرد فيه نص فى التقنين المدنى إلا أنه من الجائز التعامل به، ويجب لاعمال آثار هذا النوع من البيع أن يذكر شرط اختيار الغير فى العقد بأن يحفظ المشترى عند ابرام العقد بحقه فى التقرير بالشراء عن الغير ويتفق مع البائع على مدة يعلن المشترى خلالها اسم من اشترى له الصفقة، فإذا أفصح المشترى الظاهر عن المشترى المستتر فى الميعاد المتفق عليه اعتبر البيع صادرا من البائع إلى هذا المشترى المستتر مباشرة وانصرفت إليه آثاره دون حاجة إلى بيع جديد له من المشترى الظاهر.

(جلسة ١٩٨١/٤/١٥ الطعن ١١٠ لسنة ٤٧ق س٣٢ ص١١٣٣)

ب- إذا كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى تكييف عقد البيع إلى أنه تعاقد بطريق التسخير فأنه يكون عقدا جديا ويستتبع ذلك صحة التسجيل الحاصل بشأنه ولزومه لامكان نقل الملكية من البائع إلى المسخر وبالتالى إلى الموكل، والقضاء بمحو هذا التسجيل يترتب عليه بقاء الملكية على ذمة البائع واستحالة انتقالها إلى الموكل.

(جلسة ١٩٦٤/١١/٢٦ مجموعة أحكام النقض السنة ١٥ ص١٠٧٣)

(2) المفاضلة فى حق الشفعة بين المشترين الذين ادخلهم المشفوع منه بحق اختيار الغير وبين من شفع منه لا تجوز، إذ الحقوق التى آلت اليهم باعمال المشفوع منه لحق اختيار الغير بعد تسجيل انذار الشفعة لا تسرى على الشفيع، فلا يحاج الشفيع بشرائهم، ولا يعتبرون بالنسبة إلى مشترين مشفوعا منهم يحق لهم دفع دعواه بأنهم أولى منه بالشفعة.

(جلسة ١٩٥٠/٣/٩ طعن رقم ١٠١ لسنة ١٧ق س١ ص٣١٢)

(٣) وقد قضت محكمة النقض فى الحكم السابق الإشارة إليه بأن الشفعة فى العقار المبيع بشرط اختيار الغير تخضع لأحكام هذا النوع من البيوع، تكملها وتحد منها أحكام الشفعة. وحاصل ما اتفق عليه الرأى فى أحكام البيع على شرط اختيار الغير أن عقد البيع يظل قائماً نافذاً فى حق المشترى الظاهر إلى أن يعمل حقه فى اختيار الغير. وإذا كان إعمال هذا الاختيار يسند شراء من يختاره إلى عقد البيع الأول ومن تاريخ انعقاده فيترتب له قبل البائع نفس الحقوق المقررة فى عقد البيع المذكور، فانه=

٩٩- صورة خاصة - تقرير الراسى عليه المزاد الشراء عن الغير: وتوجد صورة خاصة للبيع مع التقرير بالشراء عن الغير، أوردها تقنين المرافعات فى المادة ٤٤٤ منه على الوجه الآتى: «يجوز للراسى عليه المزاد أن يقرر في قلم كتاب المحكمة، قبل انقضاء ثلاثة الأيام التالية ليوم البيع، أنه اشترى بالتوكيل عن شخص معين أو إذا وافقه الموكل على ذلك[1]» وهذه الصورة تتميز بالخصوصيات الآتية:

١- ليس واجباً فيها أن يشترط من يتقدم للمزايدة أنه يشترى مع الاحتفاظ بحقه فى التقرير بالشراء عن الغير، بل ولا يشترط أن يرد الاحتفاظ بهذا الحق فى قائمة شروط البيع. ذلك أن هذا الحق يجعله القانون لكل راس عليه المزاد فى بيع جبرى دون شرط خاص بذلك.

٢- المدة التى يجب فيها التقرير بالشراء عن الغير محددة فى القانون، وهى ثلاثة أيام من يوم وقوع البيع ورسو المزاد على المشترى.

٣- التقرير بالشراء عن الغير له شكل خاص بينه القانون، فيكون بتقرير فى قلم كتاب المحكمة، ومن ثم لا يجوز أن يكون باخطار ولو مكتوب أو مسجل أو على يد محضر، فما لم يكن بتقرير فى قلم كتاب المحكمة فانه لا ينتج أثراً.

=يكسبه أيضاً حقوقاً قبل المشترى الظاهر إذ يحل محله فى جميع الحقوق والالتزامات المترتبة على عقد شرائه والتى كانت تظل متعلقة به لو أنه لم يعمل حقه فى الاختيار. ولما كان مقرراً بالمادة ١٢ من قانون الشفعة (السابق) أن الشفيع لا يحاج بأى حق اكتسبه الغير ضد المشترى بعد تسجيل إنذار الشفعة، فانه إذا كان إنذار الشفعة قد سجل قبل الإنذار المعلن للشفيع الذى ثبت به تاريخ الاتفاق الذى عقد بين المشترى الأول وبين من أدخلهم معه فى الشراء والذى قال فيه هذا المشترى أنه تنازل لهم عن بعض العقار المبيع له وهو ما يعتبرونه إعمالا لحق اختيار الغير، كان الحكم الذى يقضى بعدم جواز الاحتجاج على الشفيع بما ترتب على هذا الاختيار من حقوق لمن أدخلوا فى الشراء، وبالتالى عدم سقوط حقه فى الشفعة لإدخالهم فى الدعوى بعد الميعاد المقرر فى القانون، حكماً قائماً على أساس قانونى صحيح لا يؤثر فى صحته ما يكون قد اعتوره من تقريرات أخرى مخالفة للقانون. والمفاضلة فى حق الشفعة بين المشترين الذين أدخلهم المشفوع منه بحق اختيار الغير وبين من شفع منه لا تجوز، إذ الحقوق التى آلت إليهم باعمال المشفوع منه لحق اختيار الغير بعد تسجيل إنذار الشفعة لا تسرى على الشفيع. فلا يحاج الشفيع بشرائهم، ولا يعتبرون بالنسبة إليه مشترين مشفوعاً منهم يحق لهم دفع دعواه بأنهم أولى منه بالشفعة (نقض مدنى ٩ مارس سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٨١ ص٣١٢).

(١) وقد كانت المادة ٦٥٨/٥٧٦ من تقنين المرافعات الاسبق تنص على أنه «يجوز للمشترى أن يقرر فى قلم كتاب المحكمة، فى اليوم التالى ليوم البيع (فى التقنين المختلط فى ثلاثة الأيام التالية ليوم البيع)، أنه اشترى بطريق التوكيل عن شخص معين، إذا صدق على ذلك كل من الموكل والكفيل، وبذلك يخلو سبيله وتعتبر الكفالة عن الموكل».

هذا ويشترط ألا يكون الموكل من الأشخاص الممنوعين من التقدم للمزايدة، حتى لا يكون هناك تحايل على القانون (الأستاذ رمزى سيف فى التنفيذ فقرة ٤٣٠- الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٨٦ ص٥٤٧).

فإذا روعيت هذه الخصوصيات الثلاث، سرت على الصورة التى نحن بصددها الأحكام الأخرى التى قدمناها، فإذا لم يقرر الراسى عليه المزاد فى قلم كتاب المحكمة فى الثلاثة الأيام التالية لرسو المزاد أنه اشترى بالتوكيل عن شخص معين، وقعت الصفقة له على وجه بات. أما إذا قرر ذلك، ووافقه على تقريره الموكل- وإذا كان للراسى عليه المزاد كفيل وجب أيضاً أن يقبل الكفيل كفالته للموكل فتسقط كفالته للوكيل - اعتبر الموكل هو الراسى عليه المزاد وأن من رسا عليه المزاد فعلا لم يكن إلا وكيلا عنه، ووقعت الصفقة مباشرة للموكل دون الوكيل، وأصبح للأول دون الثانى كل حقوق الراسى عليه المزاد، وعليه كل التزاماته.

من أنواع البيوع الخاصة.

(1) (أ)- بيع العقارات المبنية محل الحراسة إلى جهات الحكومة والقطاع العام والهيئات العامة:

(أ) يدل النص فى المادة الأولى من مواد اصدار القانون رقم ٦٩ لسنة ١٩٧٤ باصدار قانون تسوية الاوضاع الناشئة عن فرض الحراسة والمعمول به اعتبارا من ١٩٧٤/٧/٢٥ والمادتين ١، ١١ من ذات القانون على أن المشرع بعد أن نص على انهاء جميع التدابير المتعلقة بالحراسة على الأشخاص الطبيعيين والاعتباريين أورد الأحكام الخاصة بتسوية الأوضاع الناشئة عن فرض الحراسة ومنها أنه أجاز - فى هذه الحالات المبينة بالمادة العاشرة من القانون - لجهات الحكومة ووحدات الإدارة المحلية والقطاع العام والهيئات العامة والوحدات التابعة لها المشترية للعقارات المبنية من الحراسة العامة أو ادارة الاموال التى آلت إلى الدولة الخيار بين الابقاء على عقود البيع وبين اعتبارها ملغاة على أن تقوم باخطار رئيس جهاز التصفية برغبتها خلال ثلاثة شهور من تاريخ العمل بهذا القانون وإلا اعتبر العقد ملغيا بقوة القانون اعتبارا من تاريخ انقضاء هذه المهلة، واشترط فى حالة إبداء الرغبة فى الإبقاء على عقود البيع زيادة ثمن الشراء إلى ما يوازى مائة وستين مثل الضريبة الأصلية المفروضة على العقار فى تاريخ البيع مع استمرار استحقاق الفوائد المفروضة على الثمن الأصلى على أن تلتزم بأداء الزيادة وباقى الثمن خلال مدة لا تجاوز سنة من تاريخ العمل بالقانون وقد صدر القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٧٥ بمد مهلة الإخطار بالرغبة إلى ١٩٧٥/١٢/٣١ ومد مهلة الالتزام بأداء الزيادة وباقى الثمن إلى ١٩٧٦/٣/٣١.

(جلسة ١٩٩٩/١١/٢١ الطعن ١٣٦١ لسنة ٦٧ق)

(ب) الغاء عقود البيع المبرمة بين الحراسة العامة أو إدارة الأموال التى آلت إلى الدولة وبين الجهات المشتركة المذكورة بالمادة العاشرة من القانون رقم ٦٩ لسنة ١٩٧٤ بشأن تسوية الاوضاع الناشئة عن الحراسة والخيار الممنوح لتلك الجهات فى غير الحالات المبنية بهذه المادة بين الابقاء على عقود البيع وبين اعتبارها ملغاه. شرطه ألا تكون هذه الجهات تصرفت فيها للغير ولو بعقود ابتدائية قبل العمل بالقانون المذكور وذلك حتى يتفق النسق والمنهج الذى انتهجه المشرع حيال الرد العينى للاموال والممتلكات التى فرضت عليها

الحراسة سواء كانت عقارات مبنية أو أراضى زراعية على نحو ما سطرته المادة السابقة من ذات القانون.

(جلسة ٢٠٠٠/٥/٢٣ الطعن ٥٤٥٧ لسنة ٦٢ق)

(2) – بيع التركات الشاغرة:

أوجب المشرع فى المادة الرابعة من قرار رئيس الجمهورية بالقانون ٧١ لسنة ١٩٦٢ بشأن التركات الشاغرة التى تتخلف عن المتوفين من غير وارث – على الادارة العامة لبيت المال أن تتخذ الاجراءات القانونية للتحفظ على الأموال الظاهرة للمتوفى من غير وارث ونظم فى المادة التاسعة أعمال التصفية فأوجب أن تصفى جميع عناصر التركة على وجه السرعة ويودع ما فى ثمنها الخزانة العامة لحساب التركة حتى يتقرر حق ذوى الشأن عليها، وصدر قرار رئيس الجمهورية ٢٩٣٧ لسنة ١٩٧١ بضم الادارة العامة لبيت المال إلى الهيئة العامة لبنك ناصر الاجتماعى ثم صدر قرار وزير التأمينات رقم ٩٥ لسنة ١٩٧٣ باللائحة التنفيذية لهذا القانون، فأصبح مجلس ادارة البنك وحده سلطة بيع عناصر التركات الشاغرة، ويتولى رئيس مجلس الادارة اصدار قرار بايقاع البيع وتنفيذ ذلك القرار باصدار التعليمات التى يجب اتباعها فى هذا الشأن إلى مدير إدارة بيت المال أو أن يقوم مجلس الإدارة بتحديد الشروط التى يتم البيع بموجبها ويفوض رئيس المجلس اجرائه فيلتزم حينئذ باتمام البيع وفقا لتلك الشروط فلا يملك إجراء البيع على خلافها، وإذ كان الثابت بالأوراق أن مجلس إدارة البنك المطعون ضده أصدر بتاريخ ١٩٨٠/١٠/٧ قرارا بتحديد شروط البيع ولم يلتزم رئيس المجلس بتلك الشروط وأصدر تعليمات مخالفة لها فان التصرف الصادر منه يكون غير نافذ ولا يتم به البيع.

(جلسة ١٩٩٤/١١/١ الطعن ٢٥٢٣ لسنة ٥٨ق)

(جلسة ١٩٩٣/١/٥ الطعن ٢٠٨٧ لسنة ٥٧ق)

(3) – بيع أملاك الدولة الخاصة:

(أ) بيع أملاك الدولة الخاصة. معقود للمحافظين وحدهم– أو من يفوضونهم – كل فى نطاق محافظته. المواد ٢٨، ٣١، ٣٣ ق٤٣ لسنة ١٩٧٩ بشأن الحكم المحلى المعدل بالقانونين رقمى ٥٠ لسنة ١٩٨١، ٢٦ لسنة ١٩٨٢، وقد صدر قرار رئيس مجلس الوزراء رقم ٧٠٧ لسنة ١٩٧٩ باصدار اللائحة التنفيذية لقانون نظام الحكم المحلى، ومؤدى القانون ولائحته التنفيذية أصبح الاختصاص ببيع أملاك الدولة الخاصة معقودا للمحافظين دون سواهم وكل فى نطاق المحافظة التى يمثلها، وهو اختصاص أصيل يجوز له أن يفوض فيه غيره ممن عددتهم المادة ٣١ من القانون أو المادة ٥٤ من اللائحة المنفذة له.

(جلسة ١٩٩٥/٥/٢٣ الطعن ٣٦٩١ لسنة ٦٠ق)

(جلسة ١٩٨٥/١٢/١٨ الطعن ٦٧ لسنة ٥٥ق س٣٦ ج٢ ص١١٣٦)

(جلسة ١٩٨٣/١١/١٦ الطعن ٢٣٦٦ لسنة ٥٢ق س٣٤ ج٢ ص١٦٢٧)

(ب) عقود البيع التى تبرم مع الأفراد أو غيرهم بشأن أملاك الدولة الخاصة. عقود مدنية. اختصاص المحاكم المدنية بنظر المنازعات المتعلقة بهذه العقود بعد ابرامها وتمام التصرف فيها يستتبع اختصاصها بالاعمال التى تأتيها جهة الادارة والقرارات التى تصدرها للتمهيد والإعداد لهذه العقود.

(جلسة ١٩٩٤/٣/١٧ الطعن ٨٤٥ لسنة ٥٦ق)

(جلسة ١٩٨٧/١٢/٢٧ الطعن ٢٦١٤ لسنة ٥٦ق)

(جلسة ١٩٨٧/٣/٢٦ الطعن ٦٨١ لسنة ٥٤ق س٣٨ ص٤٥٥)

(جلسة ١٩٨٥/١٢/١٨ الطعن ٦٧ لسنة ٥٥ق)

(جـ) النص فى المادة الأولى من القرار الجمهورى رقم ٥٤٩ لسنة ١٩٧٦ على أنه «يرخص للمحافظين كل فى دائرة اختصاصه فى أن يبيعوا بالممارسة العقارات المملوكة للحكومة ملكية خاصة الواقعة داخل نطاق المدن والقرى وذلك بعد موافقة اللجنة التنفيذية للمحافظة ويجب أن يكون البيع إلى احدى الجهات الآتية وبالشروط المبنية قرين كل منها.... (٣) أصحاب المبانى المقامة على أراضى الحكومة بعد ١٩٥٢/١١/١٢ وذلك بالسعر الذى تساويه الأرض وقت البيع.. يدل على أن المشرع رأى لاعتبارات خاصة بيع الأرض لأصحاب المبانى المشيدة عليها وأن يكون ثمنها مساويا لقيمتها وقت البيع فان مقتضى ذلك أن تحديد الإدارة لثمن البيع ليس مطلقا يتوقف على محض إرادتها تقدره كيفما تشاء وانما يخضع عند المنازعة فيه لسلطة قاضى الموضوع الذى يملك رد التقدير إلى السعر المناسب وقت البيع بغير معقب من محكمة النقض طالما أقام قضاءه على أسباب سائغة.

(جلسة ١٩٩٤/٣/١٧ الطعن ٨٤٥ لسنة ٥٦ق)

(جلسة ١٩٨٨/١٢/٧ الطعنان ٢٤٧٩ لسنة ٥٤ق، ١٦٣ لسنة ٥٥ق س٣٩ ص١٢٧٤)

(جلسة ١٩٨٦/١١/٢٧ الطعن ١١٩٩ لسنة ٥٢ق س٣٧ ص٨٨٥)

(4) – البيع الصادر فى فترة المنع من التصرف:

لئن كان نص المادة ٢١ من القانون رقم ٣٤ لسنة ١٩٧١ قد رتب البطلان للتصرف الذى يجريه الشخص فى أمواله بعد صدور الأمر بمنعه من التصرف فيها إلا أن هذا البطلان انما قرره القانون لصالح المدعى الاشتراكى ويكون له وحده حق إبطاله وادخال المال محل التصرف فى مركزه المالى الذى يقدمه فى دعوى الحراسة التى يقوم بدور الادعاء فيها باسم الشعب ونيابة عنه، بيع الطاعن الحانوتين محل النزاع إلى المطعون ضدهم بعد صدور الأمر بمنعه من التصرف، عدم طلب المدعى العام الاشتراكى بطلان هذا التصرف، ورفض محكمة القيم فرض الحراسة على أموال الطاعن. أثره.

عدم قبول تمسك الأخير ببطلان البيع لصدوره منه فى فترة المنع من التصرف.

(جلسة ١٩٩٥/٦/٢٢ الطعن ١٨٦٣ السنة ٥٧ق)

(جلسة ١٩٩٣/٢/٧ الطعن ٣٥٥٦ لسنة ٦١ق)

(جلسة ١٩٩١/١/٣٠ الطعن ٢١٢٢ لسنة ٥٨ق س٤٢ ج١ ص٣٤١)

(5) – بيع الحصة الشائعة فى عقار مبنى وإن كان تاليا:

عبارة الأماكن وأجزاء الأماكن التى استهدف المشرع أن يبسط الحماية القانونية الخاصة عليها بموجب الاحكام التى حوتها نصوص تشريعات إيجار الأماكن الاستثنائية تحقيقا لهدفه المنشود منها يقصد بها– وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض– كل حيز مغلق بحيث يكون حرزاً، وكان بيع الحصة الشائعة لا يرد على عين بذاتها وانما يرد على كل ذرة من ذرات المبيع بقدر الحصة المبيعة فيه فلا يعتبر هذا البيع بيعا لمكان فى مفهوم نصوص قوانين ايجار الأماكن والتى استهدف المشرع إسباغ الحماية عليها، وبالتالى فإن بيع الحصة الشائعة فى عقار مبنى وإن كان تاليا لا يلحقه البطلان المنصوص عليه فى المادة ٨٢ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ لتجرده من وصف المكان.

(جلسة ١٩٩٣/١١/٢٥ الطعن ١٨٥١ لسنة ٥٧ق)

(جلسة ١٩٩٣/٣/١ الطعن ١٩٠٦ لسنة ٥٨ق)

(جلسة ١٩٩٢/٢/٥ الطعن ٢٠٣٥ لسنة ٥٤ق)

(جلسة ١٩٨٤/٣/٢٢ الطعن ٦٦٤٢ لسنة ٥٣ق س٣٥ ص٣٣٠)

(6) – بيع الوحدات السكنية:

مفاد نصوص المواد ١/٦، ١٤ من القانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧، ١٣، ٢٣، ٢٥ من القانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١ فى شأن تأجير وبيع الأماكن بتنظيم العلاقة بين المالك والمستأجر يدل على ان المشرع رغبة منه فى تحقيق سكن مناسب للمواطن ومنعا لاستغلال أزمة الإسكان بفرض شروط قاسية على طالبى استجارها بنوء بها كاهلها وإزاء لجوء البعض إلى تمليك الوحدات السكنية بدلا من تأجيرها تجنبا لقواعد تحديد وتقدير الأجرة قد قصر إمكانية بيع هذه الوحدات على نسبة معينة من المبنى وخاطب بهذا الحظر الملاك الذين يريدون أن يبيعوا وحدات مبانيهم ـ أو من آلت إليهم ملكيتها – متفرقة أو مفرزة إلى أشخاص مختلفين فأبطل البيع فيما جاوز نطاق تلك النسبة كما أبطل بيع الوحدة فى ذلك النطاق لأكثر من مشترٍ، وذلك استثناء من القواعد العامة فى حرية التعاقد واحكام البيع الواردة فى القانون المدنى وكذا أحكام قانون التسجيل التى تجعل من الأسبقية فى الشهر أساسا للمفاضلة بين المشترين المتعددين من بائع واحد لعين واحدة ومن ثم فلا يسرى هذا الحظر على المالك الذى يبيع كامل العقار لالتزام المشترى بذات الحظر على بيع وحداته فيما يزيد عن النسبة المقررة قانونا.

(جلسة ١٩٩٣/٤/١٨ الطعن ٣٤٣٢ لسنة ٥٨ق)

(جلسة ١٩٨٨/١١/٢٣ الطعن ٢٤٨٩ لسنة ٥٤ق)

(جلسة ١٩٨٨/٥/١١ الطعن ٨٣٨ لسنة ٥٥ق)

(جلسة ١٩٨٦/١٠/٥ الطعن ٧٩٠ لسنة ٥١ق)

(جلسة ١٩٨٤/١١/٢٨ الطعن ٦٥٩ لسنة ٤٩ق)

– قضت المحكمة الدستورية العليا بجلسة ٢٠٠٢/٥/١٢ فى القضية رقم ٥٠ لسنة ٢١ق بعدم دستورية المادة ١٣ من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١، بالحظر على الملاك أن يعرضوا للتمليك ما يزيد على ثلثى مجموع مساحة وحدات المبنى.

الفرع الثانى

المحل فى عقد البيع

١٠٠– للمبيع محلان: المحل فى واقع الأمر ركن فى الإلتزام لا فى العقد. ولما كان البيع عقداً ملزماً للجانبين، فانه ينشئ التزامات فى جانب البائع محلها هو المبيع، وينشئ التزامات مقابلة فى جانب المشترى محلها الرئيسى هو الثمن[1]، لذلك يكون للبيع محلان رئيسيان هما المبيع والثمن.

المبحث الأول

المبيع

١٠١– الشروط الواجب توافرها فى المبيع: يجب أن يتوافر فى المبيع[2] الشروط الواجب توافرها فى محل الالتزام بوجه عام، وهى أن يكون المبيع موجوداً، ومعيناً أو قابلا للتعيين، وصالحاً للتعامل فيه. ويضاف إلى هذه الشروط أن يكون المبيع مملوكاً للبائع.

فنبحث إذن (١) وجود المبيع (٢) تعيين المبيع (٣) صلاحية المبيع للتعامل فيه (٤)ملكية البائع للمبيع.

---

(١) وقد يكون محل التزامات المشترى غير الثمن، فالمشترى ملتزم أيضاً بدفع مصروفات البيع وبتسلم المبيع، فمحل الالتزام الأول هو المصروفات، ومحل الإلتزام الثانى هو المبيع.

(٢) المبيع ليس هو الشئ ذاته، بل هو الحق فيه. فتباع الدار أى يباع حق الملكية فى الدار، وقد يباع حق ارتفاق عن الدار أو حق انتفاع فيها. على أن المألوف، إذا كان المبيع هو حق الملكية فى الدار، أن يقال تباع الدار دون أن يذكر حق الملكية. فإذا كان المبيع حقاً دون حق الملكية، كحق الانتفاع أو حق الارتفاق أو حق شخصى، ذكر الحق المبيع بالذات. وقد يكون المبيع حقاً معنوياً، كحق المؤلف، وتنص المادة ٨٦ مدنى على أن «الحقوق التى ترد على شئ غير مادى تنظمها قوانين خاصة». وقد صدرت فعلا قوانين خاصة تتعلق بحق المؤلف والبراءات والاسم التجارى ونحو ذلك.

المطلب الأول

وجود المبيع

١٠٢ – معنى الوجود: قدمنا في الجزء الأول من الوسيط[1] أن المحل يجب أن يكون موجوداً، والمعنى المقصود بالوجود هو أن يكون المبيع موجوداً وقت انعقاد البيع أو أن يكون ممكن الوجود بعد ذلك. فإذا كان المبيع غير موجود أصلا ولا يمكن وجوده في المستقبل، فالبيع باطل[2]. وإذا وجد المبيع ثم هلك قبل البيع، فالبيع يكون أيضاً باطلاً. أما إذا كان المبيع موجوداً وقت البيع ولكنه هلك قبل التسليم، فالبيع ينفسخ على التفصيل الذى سنورده فى مكانه.

وقد يقصد المتبايعان أن يقع البيع على شئ موجود فعلا لا على شئ ممكن الوجود. ففى هذه الحالة إذا كان المبيع غير موجود وقت البيع، حتى لو أمكن وجوده فى المستقبل، كان البيع باطلا. فإذا لم يقصد المتبايعان أن يتبايعا شيئا موجوداً فعلا وقت البيع، جاز كما قدمنا أن يقع البيع على شئ يوجد فى المستقبل، وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ١٣١ مدنى على أنه «يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا[3]» فيجوز بيع الأشياء المستقبلة، كالمحصولات قبل أن تنبت، بثمن مقدر بسعر الوحدة أو مقدر جزافا[4]. ويصح أن يبيع شخص من آخر منزلا لم يبدأ بناءه على أن تنتقل ملكية المنزل إلى المشترى عند تمام البناء، فهذا بيع شئ مستقبل محقق الوجود. وقد يكون الشئ المستقبل محتمل

(١) الوسيط جزء أول فقرة ٢١٥.

(٢) ومن ذلك بيع أسهم الشركات الباطلة، فهى أسهم لا وجود لها ويكون بيعها باطلا. وكذلك أسهم الشركات التى يحكم ببطلانها، فهى بعد الحكم بالبطلان تعتبر غير موجودة منذ البداية، فبيعها باطل. وهناك رأى يذهب إلى أن الشركة الباطلة هى شركة واقعية، فلأسهمها وجود فعلى، وبيعها صحيح، ولكن يرجع المشترى على البائع بضمان العيب الخفى. وهذا ما لم يحكم ببطلان الشركة لانعدام محلها أو لعدم مشروعيته (دى باج٤ فقرة ٧٦– الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٦٣). وبهذا الرأى الأخير أخذ القضاء الفرنسى (بيدان ١١ فقرة ٧٦.

(٣) انظر الوسيط جزء أول فقرة ٢١٦.

(٤) وقد كان التقنين المدنى المختلط (م٣٣٠) يحرم بيع أثمار الشجر قبل انعقادها والزرع قبلى نباته، ولم يرد في التقنين المدنى الوطنى السابق نص مماثل فكان بيع المحصولات المستقبلة جائزاً ولو بثمن مقدر جزافاً. وجاء التقنين المدنى الجديد (م١٣١) مؤيداً للتقنين المدنى الوطنى السابق، يجيز بيع المحصولات المستقبلة. وقد قضت محكمة النقض بأن بيع المحاصيل المستقبلة قبل نباتها فى ظل القانون المدنى القديم صحيح، وذلك أنه لم يرد فيه نص بتحريمه كما جاء بالقانون المدنى المختلط (م٣٣٠). وقد قضى القانون المدنى الجديد فى المادة ١٣١ منه على ما كان من خلاف فى هذا الشأن بين القانونين الوطنى والمختلط (نقض مدنى ٣٠ أبريل سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض٤ رقم ١٤٦ ص٩٦٣).

الوجود، كما إذا باع شخص نتاج ماشية، فالنتاج قد يوجد وقد لا يوجد، والبيع هنا معلق على شرط واقف يتحقق إذا وجد النتاج[1].

وبيع الشئ المستقبل كثير الوقوع فى التعامل، فكثيراً ما يقع أن يبيع صاحب المصنع مقداراً معيناً من مصنوعاته دون أن يكون قد أتم صنعها، بل لعله لا يكون قد بدأ فى ذلك. وقد يبيع مزارع محصولات أرضه قبل نباتها، كما رأينا. ويبيع مؤلف مؤلفه قبل أن يتمه، بل قبل أن يبدأه. ويبيع مقاول الحق الذى له فى مقاولة لم ترس عليه بعد. فهذه كلها عقود واقعة على شئ مستقبل، وهى صحيحة. وهذا يقرب من بيع السلم المعروف فى الفقه الإسلامى.

على أن القانون قد يحرم لاعتبارات خاصة ضروباً من التعامل فى الشئ المستقبل، كما فعل عندما حرم رهن المال المستقبل رهناً رسمياً أو رهناً حيازياً. وقد يحرم جميع ضروب التعامل فى شئ خاص من المال المستقبل، كما فعل عندما حرم التعامل فى التركة المستقبلة[2].

وقد يقيد التبايع فى شئ محتمل الوجود، كما فعل فى بيع الحقوق المتنازع فيها، فهذه حقوق قد توجد وقد لا توجد، ومن ثم وضع المشرع قيوداً على بيعها.

ونستبقى للبحث من كل هذا مسألتين: (١) بيع الحقوق المتنازع فيها (٢) البيع المعروف فى الفقه الإسلامى بالسلم.

١– بيع الحقوق المتنازع فيها

١٠٣ – التمييز بين حالتين– الحق المتنازع فيه حق محتمل الوجود، وهو بهذا الوصف يجوز بيعه. والبيع يصبح فى هذه الحالة عقداً احتمالياً (contrat aléatoire)، فان ثبت

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن بيع الأشياء المستقبلة نوعان. الأول يجازف فيه المشترى فى وجود المبيع نفسه وهو ما يسمى بيع الغرر، كبيع أوراق اليانصيب أو بيع الصياد ضربة شبكته. والثانى يجازف فيه المشترى فى قدر المبيع وكميته فقط، كشراء الفحم الذى ينتج من قاطرات السكك الحديدية فى مدة مستقبلة ومنطقة معينة. وحكم النوع الأول أنه ينفذ منجزاً، ويجب على المشترى أداء الثمن مهما كانت النتيجة وجد المبيع أو لم يوجد. وحكم النوع الثانى أن يكون معلقاً على شرط واقف هو وجود المبيع فى المستقبل مهما كان مقداره. ويشترط فى النوعين أن يكون وجود المبيع أو عدم وجوده متروكا رهن ظروف لا دخل لأحد المتعاقدين فيها (استئناف مصر ١٨ يناير سنة ١٩٤٨ المجموعة الرسمية ٥٠ رقم ٨١). وقضت أيضاً بأن البيع بسعر الوحدة ليس احتماليا، لأن كلا من البائع والمشترى يعلم وقت العقد ما أعطى كما يعلم ما أخذ (استئناف مصر ١٨ أبريل سنة ١٩٤٨ المجموعة الرسمية٥٠ رقم ١١٧).

(٢) انظر الجزء الأول من الوسيط فقرة ٢١٧. ويعتبر تعاملا فى تركة مستقبلة أن يعلن الوارث حوالة ما للتركة من ديون فى يوم وفاة المورث بالذات، إذا ثبت أن الحوالة كانت معدة وممضاة قبل وفاته ولا ينقصها إلا التاريخ (أنسيكلوبيدى داللوز ١ لفظ cession de droits successoraux فقرة ٣٩).

حق المبيع للبائع انتقل المشترى بعقد البيع، وإن لم يثبت فقد ضاع على كل من البائع والمشترى. فالمشترى الذى يقدم على شراء حق متنازع فيه إنما يخاطر بما يبذله فيه من الثمن.

ويجب، فى بيع الحق المتنازع فيه، أن نميز بين حالتين: (١) بيع الحق لغير عمال القضاء (٢) بيعه لعمال القضاء. ولكل من الحالتين حكم يختلف عن حكم الحالة الأخرى.

١ – بيع الحقوق المتنازع فيها لغير عمال القضاء

حق الاسترداد (retrait litigieux)

١٠٤– النصوص القانونية – تنص المادة ٤٦٩ من التقنين المدنى على ما يأتى:

«١– إذا كان الحق المتنازع فيه قد نزل عنه صاحبه بمقابل إلى شخص آخر، فللمتنازل ضده أن يتخلص من المطالبة إذا هو رد إلى المتنازل له الثمن الحقيقى الذى دفعه مع المصروفات وفوائد الثمن من وقت الدفع».

«٢– ويعتبر الحق متنازعاً فيه إذا كان موضوعه قد رفعت به دعوى أو قام فى شأنه نزاع جدى».

وتنص المادة ٤٧٠ على ما يأتى:

«لا تسرى أحكام المادة السابقة على ما يأتى»:

«(أ) إذا كان الحق المتنازع فيه داخلا ضمن مجموعة أموال بيعت جزافاً بثمن واحد».

«(ب) إذا كان الحق المتنازع فيه شائعاً بين ورثة أو ملاك وباع أحدهم نصيبه من الآخر».

«(جـ) إذا نزل المدين للدائن عن حق متنازع فيه وفاء للدين المستحق فى ذمته».

«(د) إذا كان الحق المتنازع فيه يثقل عقاراً وبيع الحق لحائز العقار»[1].

(١) **تاريخ النصوص**:
م٤٦٩: ورد هذا النص فى المادة ٦٣٥ من المشروع التمهيدى بفروق لفظية. وفى لجنة المراجعة زالت هذه الفروق، وأضيف لفظ «بمقابل» بعد عبارة «قد نزل عنه صاحبه» لإخراج حالات التبرع من نطاق الحكم، وأصبحت المادة رقمها ٤٩٦ فى المشروع النهائى. ووافق عليها مجلس النواب، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٤٦٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية٤ ص١٩٥– ١٩٧).
م٤٧٠: ورد هذا النص فى المادة ٦٣٦ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق مع ما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد، عدا فروقاً لفظية طفيفة زالت فى لجنة المراجعة، وأصبحت المادة رقمها ٤٩٧ فى المشروع النهائى. ووافق عليها مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٧٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية٤ ص١٩٨– ١٩٩).

وتقابل هذه النصوص فى التقنين المدنى السابق المواد ٣٥٣– ٤٤١/٣٥٥– ٤٤٣[1]. وتقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى: فى التقنين المدنى السورى المادتين ٤٣٧– ٤٣٨– وفى التقنين المدنى الليبى المادتين ٤٥٨– ٤٥٩– وفى التقنين المدنى العراقى المادتين ٥٩٣– ٥٩٤– وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٢/٢٨١[2].

ويخلص من النصوص المتقدمة الذكر أن بيع الحق المتنازع. ينقل الحق كما هو – متنازعاً فيه – إلى المشترى. والمشترى هو الذى يتحمل تبعة مصير النزاع فى شأن الحق، فأما أن يثبت الحق للبائع فيثبت للمشترى كخلف له، وإما ألا يثبت فلا ينتقل إلى المشترى شئ كما سبق القول. فالبائع إذا باع حقاً متنازعاً فيه لا يضمن للمشترى وجود

(١) **التقنين المدنى السابق** م٣٥٣– ٤٤١: إذا باع شخص مجرد دعوى بدين أو مجرد حق، فلا يكون مسئولا عن وجود الدين ولا عن وجود ذلك الحق.
م٤٤٢/٣٥٤: إذا بيع مجرد دعوى بدين أو بحق على الوجه المبين فى المادة السابقة، أو كان أصل الدين متنازعاً فيه، جاز للمدين أن يتخلص من الدين المبيع بدفعه للمشترى الثمن الحقيقى الذى اشترى به وفوائده والمصاريف المنصرفة.
م٤٤٣/٣٥٥: ولا تتبع هذه القاعدة فى حالة ما إذا باع أحد الورثة نصيبه فى التركة إلى شريكه، أو باع أحد الشركاء نصيبه فى الدين إلى شريكه، أو أسقط المدين لدائنه شيئاً فى مقابلة دينه، أو اشترى مشتر حقاً متنازعاً فيه منعاً لحصول دعوى.
وأحكام التقنين السابق تتفق مع أحكام التقنين الجديد، إلا أن التقنين السابق كان على قدر من الغموض فى إيراده الحالة الأخيرة من الحالات الاستثنائية، ولم يورد أصلا الحالة الأولى من هذه الحالات وهى حالة بيع الحق المتنازع فيه إذا كان داخلا ضمن مجموعة أموال بيعت جزافاً بثمن واحد، وهو بعد ذلك يوهم من سياق عبارته أن الحق المتنازع فيه لا يكون إلا حقاً شخصياً: انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية٤ ص٢٠٤.

(٢) **التقنينات المدنية العربية الأخرى**: التقنين المدنى السورى م٤٣٧ – ٤٣٨ (مطابقتان للمادتين ٤٦٩– ٤٧٠ من التقنين المدنى المصرى، فيما عدا أن المادة ٤٣٨ سورى لم تورد الحالة الأخيرة من الحالات الاستثنائية: أنظر فى القانون المدنى السورى الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٢٧٨– فقرة ٢٨٩).
التقنين المدنى الليبى م٤٥٨ – ٤٥٩ (مطابقتان للمادتين ٤٦٩– ٤٧٠ من التقنين المدنى المصرى).
التقنين المدنى العراقى م٥٩٣ – ٥٩٤ (مطابقتان للمادتين ٤٦٩ – ٤٧٠ من التقنين المدنى المصرى – أنظر فى القانون المدنى العراقى الأستاذ حسن الذنون فقرة ٣٥٤ – فقرة ٣٦١– الأستاذ عباس حسن الصواف ص٦٠٥ – ص٦٢٥).
تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م٢/٢٨١: يصح التفرغ عن حق متنازع عليه أقيمت دعوى الأساس فى شأنه بشرط أن يرضى المديون الذى تفرغ الدائن عن دينه. وتبقى مفاعيل هذا التفرغ خاضعة من حيث الصلاحية لأحكام المادة الثالثة من القانون الصادر فى ١٧ شباط سنة ١٩٢٨. على أنه لا يمكن التخلص من التفرغ له حين يكون لديه سبب مشروع فى إحرازه الحقوق المتنازع عليها، كأن يكون وارثاً مع المتفرغ أو شريكاً له فى ملك أو دائناً له.
(والتقنين اللبنانى أقرب إلى التقنين الفرنسى منه إلى التقنين المصرى).

هذا الحق[١](I)، وإنما هو بيع مجرد إدعاء. ومن ثم يراعي في تقدير ثمن هذا الادعاء أن يكون متناسباً مع قوته، فيكثر أو يقل تبعاً لقوة الادعاء أو ضعفه، وهو على كل حال يكون دون قيمة الحق ذاته إذ لابد أن المشترى يدخل فى حسابه احتمال الخسارة فينزل من قيمة الحق ما يقابل هذا الاحتمال. لذلك كان المشترى لحق متنازع فيه مضارباً يأمل الكسب، فواجه القانون هذا الوضع بما يلائمه، وأجاز لمن عليه الحق المتنازع فيه أن يسترده من المشترى بدفع الثمن– وهو كما قدمنا أقل من قيمة الحق – مع المصروفات والفوائد. أما فى الحالات الاستثنائية التي تنتفى فيها فكرة المضاربة، فقد منع القانون حق الاسترداد[٢].

فنبحث إذن: (١) متى يجوز استرداد الحق المتنازع فيه (٢) وكيف يكون الاسترداد (٣) والآثار التى تترتب على الاسترداد (٤) والحالات الاستثنائية التى لا يجوز فيها الاسترداد.

١٠٥– متى يجوز استرداد الحق المتنازع فيه: ويؤخذ من نص المادة ٤٦٩ مدنى أنه يجب توافر شرطين حتى يجوز الاسترداد: (١) أن يكون الحق المسترد حقاً متنازعاً فيه (٢) وأن يكون قد نزل عنه صاحبه بمقابل.

فيجب أولاً أن يكون الحق المسترد حقاً متنازعاً فيه. وتقول الفقرة الثانية من المادة

(١) نقض مدنى ١٥ يناير سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٥٦ ص٥١٧.

(٢) ويذهب بودرى وسينيا إلى أن فكرة المضاربة لا تكفى وحدها لتبرير حق الاسترداد من المضارب، فالمضاربة ليست فى ذاتها شراً محضاً حتى ينتصب القانون لمحاربتها. وإذا كانت المضاربة فى بعض الحالات تنطوى على استغلال وتعسف، فهى فى حالات أخرى ينتج عنها الخير، إذ يقع أن صاحب الحق المتنازع فيه لا يكون عنده من الوسائل ما يحصل به على حقه فيبيعه لمن هو أقدر منه على ذلك، فيصل إلى الكثير من حقه وكان يفقده كله لولا هذه المضاربة. وإنما يبرر حق الاسترداد مصلحة اجتماعية أعلى من الضرب على أيدى المرابين، هى وضع حد للمنازعات والقضايا. فإن الحق المتنازع فيه إذا استرده المدين ممن اشتراه فقد وضع بذلك حداً للنزاع وحسم الخصومة، ولم يخسر المشترى شيئاً فقد استرد ما دفعه، والقانون ينشد دائماً فض المنازعات أو تقليلها بقدر الإمكان (بودرى وسينيا فقرة ٩١٤ ص٩٣٤).

وإذا استرد المدين الحق المتنازع فيه بدفع ثمنه للمشترى، فإن الأمر يؤول إلى وضع شبيه بما إذا تصالح صاحب الحق مع مدينه على أن يأخذ منه مبلغاً أقل من قيمة الحق، وهذا المبلغ هو الذى ارتضاه صاحب الحق عندما باع به حقه. فكأن المدين دفع لصاحب الحق– يمثله المشترى خلفه– القيمة التى ارتضاها صاحب الحق نفسه، وذلك لفض النزاع. فالأمر فى صورته استرداد، وفى حقيقته ضرب من الصلح.

(I) متى كان الحكم قد أثبت أن المدعى لم يشتر إلا مجرد حق متنازع فيه، فان قضاءه برفض دعواه بالضمان يكون موافقا لحكم المادة ٣٥٣ من القانون المدنى (قديم) التى تقضى بأنه لا ضمان أصلا على من باع مجرد حق متنازع فيه.

(جلسة ١٩٤٨/١/١٥ مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض فى الـ٢٥ عاماً ١٣٩– ٣٦٨)

٤٦٩ مدنى إنه «يعتبر الحق متنازعاً فيه إذا كان موضوعه قد رفعت به دعوى أو قام فى شأنه نزاع جدى». فليس من الضرورى إذن أن تكون هناك دعوى مرفوعة بالحق حتى يكون الحق متنازعاً فيه، ويكفى أن يقوم في شأنه نزاع جدى[١]. وليس من الضرورى أيضاً أن يكون الحق الذى رفعت به دعوى يكون حقاً متنازعاً فيه، فقد لا يمس النزاع فى الدعوى موضوع الحق نفسه بل يتناول مسائل شكلية فى الإجراءات كعدم صحة الإعلان أو عدم توافر الصفة أو نحو ذلك[٢]، والحق حتى يكون متنازعاً فيه يجب أن يقوم النزاع في موضوعه بالذات[٣](I). وقد ترفع بالحق دعوى تنتهى إلى حكم ابتدائى، فما دام

(١) وقد حسم هذا النص خلافاً كان قائماً فى عهد التقنين المدنى السابق، إذ كان هناك رأى يذهب إلى أن الحق لا يكون متنازعاً فيه إلا إذا رفعت به دعوى، وفى فرنسا نص التقنين المدنى الفرنسى (م١٧٠٠) يجعل هذا المعنى متعيناً. أما نص التقنين المدنى المصرى الجديد فصريح فى المعنى العكسى (المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية٤ ص٢٠٤). أما من حيث تحريم شراء الحق المتنازع فيه على عمال القضاء، ففى فرنسا (م١٥٩٧ مدنى فرنسى) كما فى مصر يكفى أن يقوم فى الحق نزاع جدى ولو لم ترفع به دعوى (بودرى وسينيا فقرة ٢٦٣).

ولا يكون الحق متنازعاً فيه إذا لم يقم في موضوعه نزاع جدى، حتى لو رفعت به بعد ذلك دعوى لم تكن منتظرة (بودرى وسينيا فقرة ٢٦٥) – وصعوبة التنفيذ بالحق لا تجعله متنازعاً فيه. أما النزاع فى مرتبة الحق فتجعل له هذا الوصف (أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ رابعاً ص١٧٥– بودرى وسينيا فقرة ٢٦٤– بلانيول وريبير وهامل١٠ فقرة ٣٢٥)– والنزاع في تأمينات الحق لا يجعله متنازعاً فيه إلا إذا كان هذا النزاع من شأنه أن يجعل الحق غير مستطاع التنفيذ، وكذلك النزاع في براءة اختراع لا يجعل المتجر متنازعاً فيه إلا إذا كان هذه البراءة هى العنصر الجوهرى فى المتجر (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣١٨ ص٤٠٣).

ومعرفة ما إذا كان هناك نزاع جدى فى موضوع الحق مسألة واقع يبت فيها قاضى الموضوع، ولا معقب عليه فى ذلك من محكمة النقض (المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية٤ ص٢٠٣).

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن شراء الدين من غير ضمان بأقل من قيمته لا يعتبر معه الدين متنازعاً فيه بالمعنى المقصود فى المادة ٣٥٤ مدنى (قديم)، إذ يجب لاعتبار الحق المبيع من الحقوق المتنازع فيها أن يكون قائماً بشأنه، وقت التنازل عنه، خصومة أمام القضاء وأن يكون النزاع فيه منصباً على أصل الحق (le fond de droit)؛ أى متعلقاً بوجوده أو بطريقة التخلص منه كالسداد أو السقوط بمضى المدة. فكل العراقيل التى تعترض السداد بفعل المدين، كالدفع بعدم الاختصاص أو بعدم وجود صفة للمدعى، لا يعتبر معها الدين متنازعاً فيه، لأنها غير متعلقة بأصله (نقض مدنى ٧ أبريل سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر٢ رقم ١٠٩ ص٣١٧).

(٣) استئناف مصر أول مايو سنة ١٩٤٦ المجموعة الرسمية ٤٧ رقم ٢٣١– والنزاع يقوم فى موضوع الحق إذا تعلق بوجوده أو بانقضائه أو بمداه أو بمقداره، أو إذا دفع الحق بدفع موضوعى يرمى إلى رفضه نهائياً كالدفع بالتقادم (أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ رابعاً ص١٧٨– ص١٧٩ – بودرى وسينيا فقرة ٩٢٢).

(I) أ– تمسك الطاعن بأن المطعون ضده قد اشترى حقاً متنازعا عليه هو دفاع يخالطه واقع فلا يجوز اثارته لأول مرة أمام محكمة النقض.

(جلسة ١٩٦٧/٨/١٥ الطعن ١٩٣ لسنة ٣٤ق س١٨ ص١٥٠٠)

الحكم غير نهائي يبقى الحق متنازعاً فيه، لا فحسب إذا طعن فى الحكم الابتدائى بطريق من طرق الطعن الاعتيادية كالمعارضة والاستئناف، بل أيضاً طول المدة التى يظل فيها باب هذا الطعن الاعتيادى مفتوحاً ولو لم يطعن فى الحكم بالفعل. أما إذا كان الحكم نهائياً فقد انحسم النزاع فى الحق وأصبح حقاً غير متنازع فيه، فلا يجوز فيه الاسترداد حتى لو كان الحكم النهائى يمكن أن يطعن فيه بطريق غير اعتيادى كالنقض والتماس إعادة النظر، وحتى لو كان باب الطعن غير الاعتيادى لا يزال مفتوحاً. أما إذا طعن بالفعل فى الحكم النهائى بطعن غير اعتيادى، فان الحكم يعود فى هذه الحالة حقاً متنازعاً فيه، ويجوز فيه الاسترداد[1]. ويجب أن يكون الحق متنازعاً فيه على النحو الذى أسلفناه فى اليوم الذى يتزل فيه عنه صاحبه إلى الغير، فلو بدأ الحق متنازعاً فيه ثم انحسم النزاع فنزل عنه صاحبه بعد ذلك لم يجز الاسترداد، ولو كان الحق وقت أن نزل عنه صاحبه غير متنازع فيه ثم نوزع فيه بعد ذلك لم يجز الاسترداد كذلك[2]. ويستوى أن يكون الحق المتنازع فيه حقاً شخصياً أو حقاً عينياً، منقولا أو عقاراً. فلا يوجد ما يمنع من استرداد عقار متنازع فيه باع المدعى حق ادعائه فيه إلى أجنبى، فيسترد المدعى عليه وهو الحائز للعقار حق المدعى برده له الثمن والمصروفات والفوائد. أما إذا كان البائع هو المدعى عليه حائز العقار، فهناك خلاف فى الرأى. فمن يؤسس حق الاسترداد على فكرة المضاربة يجيز للمدعى حق الاسترداد، لأن الحكمة متوافرة في حالته كما توافرت فى حالة المدعى عليه. ومن يؤسس حق الاسترداد على فكرة حسم الخصومات ينكر على المدعى حق الاسترداد، إذ هو الذى أنشأ الخصومة بادعائه فلا يجوز أن يسترد توقياً لخصومة هو المتسبب فيها[3].

= ب- ان محكمة الموضوع، اذ تفصل فى وصف كون الوقائع التى اثبتتها وقدرتها مؤدية أو غير مؤدية إلى اعتبار الحق المبيع متنازعا فيه، انما تفصل فى مسألة قانونية هى توافر ركن من الاركان القانونية لحكم المادة ٢٥٧ من القانون المدنى القديم (قديم) أو عدم توافره، وإذن فإن عملها فى هذا خاضع لرقابة محكمة النقض.

(جلسة ١٩٣٤/٤/٢٦ طعن ٨٢ لسنة ٣ق)

(١) محكمة مصر ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٣/٢٦٤ ص٣٧١ – أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ مكررة رابعاً ص١٨٠ – بودرى وسينيا فقرة ٢٦٠ – بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣١٩ ص٤٠١ – كولان وكابيتان٢ فقرة ٩٧٨.

(٢) والعبرة فى حوالة الحق المتنازع فيه بقيام النزاع وقت الاتفاق على الحوالة لا وقت إعلان المدين (أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ رابعاً هامش رقم ١٦– بودرى وسينيا فقرة ٩١٧– بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٢٠). وإذا قبل المدين حوالة حق ينازع فيه وكان قبوله دون تحفظ، لم يجز له الاسترداد.

(٣) أنظر من الرأى الأول جيوار ٢ فقرة ٨٩٣– أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ رابعاً هامش رقم ١٥– بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣١٨– الأستاذين أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ٦٠٨– وانظر من الرأى الثانى بودرى وسينيا فقرة ٩٣٨ – الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٢١.

ويستوى فى جواز حق الاسترداد أن يعلم المشترى بقيام النزاع فى الحق أو لا يعلم، إلا أنه إذا كان لا يعلم بقيام النزاع جاز له الرجوع أيضاً بالضمان على البائع (قارن المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية٤ ص٢٠٤).

والشرط الثانى أن يكون النزول عن الحق بمقابل. فإذا نزل صاحب الحق عنه للغير تبرعاً لم يجز الاسترداد، لأن التبرع يتنافى مع فكرة المضاربة ولا يمكن وصف المتبرع له أنه يتصيد القضايا المتنازع فيها ويستغل الخصومات القائمة[1]. أما إذا وهب صاحب الحق حقه بعوض، فأن كان العوض من الأهمية بحيث يجعل النزول عن الحق بمقابل جاز الاسترداد، وإلا غلبت صفة التبرع وامتنع على المدين استرداد الحق[2]. ولابد أن يكون المقابل نقداً أو أشياء مثلية على الأقل حتى يتمكن المسترد من أن يدفع مثلها للمشترى. فإذا كان النزول عن الحق من طريق المقايضة، لم يجز الاسترداد، لأن المسترد لا يستطيع أن يدفع للمشترى مثل العوض بل كل ما يستطيع أن يدفعه هو قيمة العوض والقيمة لا تجزئ عن المثل[3]. وليس معنى ذلك أن يكون النزول عن الحق المتنازع فيه حتما من طريق البيع[4]، فقد يكون من طريق آخر وبمقابل نقدى فيجوز الاسترداد. مثل ذلك أن يكون هناك حق بين شخصين كل منهما يدعى أنه له، ثم إن هذا الحق نفسه ينازع فيه المدين، فله أن صاحبى الحق المتنازعين اصطلحا فأعطى أحدهما الآخر مبلغاً من النقود حتى ينزل له عن ادعائه، فان المدين يستطيع أن يسترد حقوق هذا الآخر برده المبلغ للأول، ولكن يبقى الأول على ادعائه فهو لم يحصل على شئ فى مقابله[5]. كذلك إذا صاحب

---

(١) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣١٧– هذا إلى أنه لا يوجد مقابل للحق يدفعه المدين إذا هو استعمل حق الاسترداد، ولا يجوز أن يسترد بدون مقابل فإن صاحب الحق لم يقصد أن يتبرع له هو.

(٢) أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ رابعاً هامش رقم ١٤– بودرى وسينيا فقرة ٩٣٢– بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣١٧ ص٤٠٢.

(٣) بودرى وسينيا فقرة ٩٣٣– كولان وكابيتان ٢ فقرة ٩٨٠– الأستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ٤٠٦– عكس ذلك الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٢٠– الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١١٨ ص٢٧١.

(٤) وإن كان هذا هو الغالب. ويجوز الاسترداد حتى لو كان البيع قضائياً فى المزاد (جيوار٢ فقرة ٨٩١– أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ رابعاً ص١٧٧ وهامش رقم ١٤– بودرى وسينيا فقرة ٩٣٦– بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣١٧– الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٢٠– الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١١٨ ص٢٧١– وقارن كولان وكابيتان ٢ فقرة ٩٨٢– الأستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ٤٠٦– وأنظر فى عدم جواز الاسترداد إذا وكل صاحب الحق المتنازع فيه شخصاً آخر فى قبض الحق من المدين فى مقابل جزء من هذا الحق كولان وكابيتان٢ فقرة ٩٨٠ ص٦٤٥.

(٥) بودرى وسينيا فقرة ٩٣٤– بلانيول وريبير وهامل١٠ فقرة ٣١٧– قارن الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٢٠– والأستاذ منصور مصطفى منصور ص٢٧١ هامش رقم ٤– والأستاذين أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى ص٦٢٠ هامش رقم ٤.

ويمكن إيراد مثل آخر للصلح على النحو الآتى: دائن بألف وله مدينان متضامنان ينازعانه فى الدين، فاصطلح مع أحدهما على ثمانمائة وتقاضاها منه. فإذا رجع المدين الذى وفى الدائن على المدين الآخر، كان لهذا المدين الآخر أن يسترد حصته فى الدين– وهى خمسمائة– بما يقابلها فى مبلغ الصلح بأربعمائة. وقد وصل التقنين المدنى الجديد إلى هذه النتيجة عن طريق آخر، فجعل للمدين المتضامن الآخر أن يستفيد من الصلح، إذ نص فى المادة ٢٩٤ منه على أنه «إذا تصالح الدائن مع أحد المدينين المتضامنين وتضمن الصلح الإبراء من الدين أو براءة الذمة منه بأية وسيلة أخرى، استفاد منه الباقون».

الحق المتنازع فيه في ذمته مبلغ من النقود لدائن، فوفاه الدين بالحق المتنازع فيه، جاز للمدين في الحق المتنازع فيه أن يسترد الحق من الدائن بأن يرد له الدين الذى كان له فى ذمة صاحب الحق. وإذا باع صاحب الحق المتنازع فيه حقه هذا مع أموال أخرى بثمن واحد، جاز للمدين أن يسترد الحق المتنازع فيه بحصته من الثمن[١].

١٠٦ – كيف يكون الاسترداد: يتم الاسترداد باجتماع أمرين: (١) إعلان المدين إرادته فى الاسترداد (٢) ورده للمشترى الثمن الحقيقى وفوائده والمصروفات[I].

ويعلن المدين[٢] إرادته فى الاسترداد دون حاجة إلى شكل خاص. فإذا كانت هناك دعوى بالحق المتنازع فيه منظورة أمام المحاكم– بأن يكون الدائن قد رفع الدعوى يطالب المدين بالحق ودخل فيها المشترى خصما أو رفعها المشترى ابتداء على المدين يطالبه بالحق الذى اشتراه – فالمدين يعلن إرادته فى الاسترداد عن طريق طلبه فى المحكمة من المشترى بالشكل العادى الذى تبدى به الطلبات فى الخصومة. ويوجه الطلب إلى المشترى دون الدائن، فالمشترى وحده هو الخصم فى الاسترداد[٣]. وإذا لم تكن الدعوى منظورة، بأن لم

---

(١) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٢٠ ص٤٠٧.

(٢) وإذا كان هناك مدينون متضامنون متعددون، جاز لكل منهم أن يستعمل حق الاسترداد، ويرجع على الباقين كل بقدر حصته (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣١٨ ص٤٠٣)– ويجوز لخلف المدين، كالوارث، أن يستعمل حق الاسترداد (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٢١). ويجوز لدائن المدين أن يستعمل باسمه حق الاسترداد.

(٣) ولا يجوز أن يكون طلب الاسترداد طلباً احتياطياً، بأن يطلب المدين طلباً أصلياً الحكم بعدم صحة الدين أو بانقضائه مثلا وطلباً احتياطياً باسترداده من المشترى، لأن الاسترداد على هذا النحو يكون استرداداً لحق غير متنازع فيه إذ هو لا يقوم إلا بعد تصفية النزاع وإقرار الدين قضاء. هذا إلى أن الطلب الاحتياطى ليس من شأنه أن يضع حداً للخصومة، إذا هو لا يوجد إلا بعد القضاء فيها (استئناف مختلط ٢٣ مارس سنة ١٩٣٧ م٤٩ ص١٥٥– أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ رابعاً ص١٨٠ – بودرى وسينيا فقرة ٩٤٠ – بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٢١ ص٤٠٨).

وقد قضت محكمة النقض بأن المادة ٣٥٤ مدنى (قديم) لا تخول المدين الحق فى استرداد الدين المبيع بعرض الثمن على المشترى إلا إذا كان ذلك حاصلا بصفة أصلية وبغير منازعة فى أصل الدين رغبة فى إنهاء الخصومة صلحاً على هذا الأساس (نقض مدنى ٧ أبريل سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٠٩ ص٣١٧).

ولو كان الحكم مما يجوز الطعن فيه بطريق عادى، وقبل الحكم طلب المسترد الاسترداد بصفة احتياطية، جاز له ذلك، لأنه حتى بعد صدور الحكم يبقى الحق متنازعاً فيه (الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١١٩ ص٢٧٢).

(I) استرداد الحق المبيع المتنازع فيه. جوازه لمن ينازع فى هذا الحق إذا دفع للمشترى الثمن الحقيقى والمصروفات وفوائد الثمن من وقت الدفع. المادة ٤٦٩ مدنى مؤداه. ليس للبائع الحق فى الاسترداد.

(جلسة ١٩٩٤/٣/٣١ الطعن ٣٣٢١٠ لسنة ٥٨ق)

(جلسة ١٩٩٣/١١/٢٥ الطعن ١٦٧٤ لسنة ٥٩ق)

(جلسة ١٩٨٨/٣/٢٣ لسنة ١٢٨٠ لسنة ٥١ق)

(جلسة ١٩٥٨/٣/٢٧ الطعن ٧٦ لسنة ٢٤ق)

ترفع دعوى أصلا بالحق المتنازع فيه وإنما قام فى موضوعه نزاع جدى، أو رفعت الدعوى وصدر فيها حكم ما زال باب الطعن العادى مفتوحاً فيه ولكن لم يرفع الطعن فعلا، فطلب الاسترداد يكون باعلان المدين إرادته، ويوجه هذا الإعلان إلى المشترى دون الدائن كما قدمنا، ويحدث الإعلان أثره من وقت وصوله إلى علم المشترى وفقاً للقواعد العامة[١].

ويجب أن يرد المدين للمشترى رداً فعلياً – أو يعرض عرضاً حقيقياً – الثمن وفوائده من وقت الدفع والمصروفات، فان طلب الاسترداد لا يحدث أثره إلا إذا تم هذا الرد أو العرض[٢]. ذلك أن نص القانون (م١/٤٦٩) مدنى صريح فى أن «للمتنازل ضده أن يتخلص من المطالبة إذا هو رد إلى المتنازل الثمن الحقيقى الذى دفعه مع المصروفات وفوائد الثمن من يوم الدفع». ولأن التخلص من المطالبة بالحق المتنازع فيه لا يكون إلا من يوم الوفاء، والوفاء لا يكون إلا بالدفع الفعلى أو العرض الحقيقى إذا لم يقبل المشترى الدفع الفعلى أو نازع فى صحته. والذى يجب أن يدفع فعلا أو يعرض عرضاً حقيقياً هو ما يأتى: (١) الثمن الحقيقى الذى دفعه المشترى لشراء الحق المتنازع فيه، وأرادا القانون بذكر لفظ «الحقيقى» التحرز من الثمن الصورى الذى قد يذكره المتبايعان فى عقد البيع، فيزيدان من الثمن الحقيقى حتى يمنعا المدين من الاسترداد أو يجعلا الاسترداد أكثر كلفة. وللمدين أن يثبت بجميع الطرق أن الثمن المذكور فى العقد ليس هو الثمن الحقيقى، وأن يقتصر على دفع الثمن الحقيقى أو عرضه[٣]. فوائد هذا الثمن من وقت أن دفعه المشترى للبائع. والمراد هنا الفوائد بالسعر القانونى– ٤٪ فى المسائل المدنية و٥٪ فى المسائل التجارية–

---

(١) وإذا نازع المشترى فى صحة الاسترداد، رفع الدين دعوى عليه يطلب فيها الحكم بصحة الاسترداد.

(٢) بودرى وسينيا فقرة ٩٥٠ – الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٢٤ – الأستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ٤٠٧ ص٥٩٥ – قارن أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ رابعاً ص١٨٠ – بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٢١ ص٤٠٨ – كولان وكابيتان ٢ فقرة ٩٨٣ – الأستاذين أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ٦١٠– الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٩١– الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٤٠ ص٤٥٨.

(٣) وإذا كان البائع قد منح المشترى أجلا للوفاء بالثمن، فللمسترد أن يستفيد من هذا الأجل، ولكن للقضاء أن يلزمه بتقديم تأمين كاف يضمن السداد (بودرى وسينيا فقرة ٩٤٤– بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٢١– الأستاذ أنور سلطان ٤٢٣ ص٤٠٦.

وإذا باع المشترى الحق قبل استعمال حق الاسترداد، فالمتنازل ضده يستعمل حق الاسترداد ضد المشترى من المشترى لا ضد المشترى، ويدفع له الثمن الذى اشترى به سواء كان أكثر من الثمن الأول الذى دفعه المشترى للبائع أو أقل. ذلك أن الاسترداد ليست له مدة مقررة قانوناً يجب أن يستعمل فى خلالها، فيجوز استعمال هذا الحق فى أى وقت إلى أن يحسم النزاع فى شأن الحق. وعند استعماله يوجه لمن كان الحق منتقلا إليه وقت الاستعمال، سواء كان المشترى أو مشترياً منه أو مشترياً ثالثاً أو مشترياً بعد ذلك (بودرى وسينيا فقرة ٩٤٥– بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٢٠ ص٤٠٧– الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٢٣ ص٤٠٦– الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٤٠ ص٤٥٧– الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١١٩ ص٢٧٣ – وانظر عكس ذلك فيدفع المسترد للمشترى الثانى الثمن الذى دفعه المشترى الأول للبائع: ديمولومب ١٦ فقرة ١١٠– جيوار ٢ فقرة ٩٠٣– أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ رابعا هامش ٣٢ مكرر ثالثا).

لتعويض المشترى عن المدة التى بقى فيها محروماً من الثمن لا ينتفع به. وفى مقابل ذلك يرد المشترى للمدين ثمرات الحق المتنازع فيه، فان كان ديناً ينتج فوائد تقف هذه الفوائد ولا يدفعها المدين للمشترى منذ اليوم الذى دفع فيه المشترى الثمن للدائن، وإن كان عقاراً رد المشترى ثمراته من ريع أو محصولات للمتنازل ضده. أما إذا كان الثمن الذى اشترى به المشترى الحق المتنازع فيه مؤجلا وينتج فوائد، فان المتنازل ضده يتحمل هذا الثمن مؤجلا كما كان ويدفع الفوائد المتفق عليها، وهذه غير الفوائد القانونية التى أشرنا إليها فيما تقدم. ويلتزم بهذا نحو المشترى، والمشترى يبقى ملتزماً نحو البائع كما سترى. (٣) مصروفات التنازل عن الحق المتنازع فيه، كرسوم التسجيل فى العقار ورسوم الورقة الرسمية أو التصديق على الإمضاء ورسوم التمغة والسمسرة وأتعاب المحامى وغير ذلك[١]. ويتحمل المسترد أيضاً مصروفات الاسترداد، ويدخل فيها مصروفات دعوى المطالبة بالحق إذا كان المشترى هو الذى رفعها على المتنازل ضده، فان هذه الدعوى قد انقضت دون حكم فتحمل المشترى مصروفاتها فيرجع بها على المتنازل ضده[٢]. وكذلك يرد المتنازل ضده مصروفات دعوى المطالبة بالحق التى قد يكون صاحب الحق رفعها ضده وانتهت دون حكم، وذلك فيما إذا كان المشترى قد تحملها، أما إذا لم يرجع بها صاحب الحق على أحد فالغالب أن يكون قد أدخلها فى الثمن الذى باع به الحق وقد رأينا أن المتنازل ضده يجب عليه رد هذا الثمن للمشترى.

١٠٧ – الآثار التى تترتب على الاسترداد: إذا استرد المتنازل ضده الحق المتنازع فيه من المشترى، فان هذا لا يعنى أنه أقر بأن الحق ليس له. وكل ما عناه بالاسترداد أنه قصد وضع حد للخصومة القائمة، حتى ينحسم النزاع فى أمر لا تعرف مغبته[٣].

والاسترداد إذا تم على الوجه الصحيح يكون له أثره: (أولا) فى العلاقة ما بين المشترى والمتنازل ضده. (ثانياً) وفى العلاقة ما بين المشترى والبائع. (ثالثا) وفى العلاقة ما بين المتنازل ضده والبائع.

ففى العلاقة ما بين المشترى والمتنازل ضده، يحل الثانى محل الأول بموجب

(١) وإذا كان المشترى قد دفع رسوماً أكبر بسبب المبالغة فى الثمن، لم يكن له أن يرجع على المسترد بما زاد من هذه الرسوم (الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٢٣ ص٤٠٦ – ٤٠٧).

(٢) بلانيول وريبير هامل ١٠ فقرة ٣٢١ ص٤٠٨.

(٣) وقد رأينا أنه إذا كان الحق المتنازع فيه حقاً شخصياً حول إلى آخر، وقبل المدين الحوالة دون تحفظ، سقط حقه فى الاسترداد (أنظر آنفاً فقرة ١٠٥ فى الهامش). أما إذا احتفظ المدين بحقه فى الطعن فى الدين عند قبول الحوالة، جاز له بعد ذلك أن يسترده (استئناف مصر ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٢٨ المجموعة الرسمية ٣٠ رقم ٢/٢٤ ص٦١).

وإذا حول المجنى عليه فى جريمة حقه فى التعويض إلى آخر، جاز للمتهم أن يسترد الحق مع بقائه منكراً ارتكاب الجريمة ومنكراً استحقاق المجنى عليه للتعويض (هيك ٢ فقرة ٦٦٣ – بودرى وسينيا فقرة ٩٥١).

الاسترداد. ولا يعتبر الاسترداد شراء جديداً للحق المتنازع فيه صدر من المشترى للمتنا ضده، بل إن المشترى يعتبر – فى العلاقة ما بينه وبين المسترد – أنه لم ينتقل إليه الح أصلا وقد انتزعه منه المسترد. ويترتب على ذلك أن جميع الحقوق التى يكون قد رتب المشترى على الحق قبل الاسترداد تسقط، وتعتبر كأن لم تكن[١]. فإذا كان الحق المتنا فيه عقاراً، سقط كل ما رتبه المشترى على هذا العقار من رهون أو تصرفات أخر كحقوق ارتفاق أو حقوق انتفاع. وتسقط الحجوز التى يكون دائن المشترى قد وقعها تح يد المتنازل ضده إذا كان الحق المتنازع فيه حقاً شخصياً، إذ هى تعتبر واردة على حق لي للمشترى[٢].

وفى العلاقة ما بين المشترى والبائع يبقى البيع قائماً، فلا ينتقض بالاسترداد[٣]. وه بخلاف الشفعة وحق الاسترداد بوجه عام، فهناك يحل المسترد محل المشترى نحو البائع، هنا فالاسترداد يوجه ضد المشترى وحده دون البائع، فلا تتأثر بالاسترداد العلاقة ما ب المشترى والبائع. ومن ثم يكون للبائع حق مطالبة المشترى بالثمن والالتزامات الأخر الناشئة عن عقد البيع، ولا يحل المسترد محل المشترى فى هذه الالتزامات، فان البائع يتعامل معه فلا يجبر على معاملته. ولا يرجع المشترى على البائع بالضمان، بعد ان انتز المسترد الصفقة من المشترى، وذلك ما لم يكن المشترى يجهل أنه اشترى حقاً متنازعاً في فان جهل ذلك رجع على البائع بالضمان والتعويض[٤].

بقيت العلاقة ما بين البائع والمسترد. والخصوصية التى تميز هذا النوع من الاسترد عن غيره من الأنواع الأخرى أن المسترد هنا مدين بالحق المتنازع فيه للبائع، فهو غ أجنبى عن الحق بخلاف الشفيع الأجنبى عن العين المشفوعة. وهو إذن لا يتلقى الحق بل ينهيه إذا كان حقاً شخصياً، ويقطع الخصومة فيه إذا كان حقاً عينياً. ويترتب على ذل أن الحق المتنازع فيه لا ينتقل من البائع إلى المسترد، فقد كان حقاً متنازعاً فيه ما بي البائع والمسترد، وكل ما حدث بالاسترداد أن هذا النزاع قد انحسم، ولم يعد للبائع الحق ف مطالبة المسترد بشئ من الحق المتنازع فيه، ويكون للاسترداد الأثر الذى للصلح فى حس النزاع. فإذا كان الحق المتنازع فيه ديناً يدعيه البائع فى ذمة المسترد، فان الاسترداد لا ينق الدين إلى المسترد فينقضى باتحاد الذمة، بل إن الاسترداد يحسم النزاع فى الدين فيعتبر ك

(١) لكن إذا باع المشترى الحق من مشتر ثان، فقد قدمنا أن الاسترداد يوجه إلى المشترى الثانى بالثم الذى دفعه هذا للمشترى الأول، فلا يسقط تصرف المشترى الأول فى الحق بالبيع (أنظر آنفاً فق ١٠٦ فى الهامش).

(٢) قارن الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١٢٠ ص٢٧٦ – ص٢٧٧.

(٣) قارن الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٩٢ – والأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٤٢.

(٤) أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ رابعاً ص١٨٢ – بودرى وسينيا فقرة ٩٥٥ – عكس ذلك بلانيول وري وهامل ١٠ فقرة ٣٢٢ ص٤٠٩ – وقارن الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١١٨ ص٢٧٠ وانظر آنفاً فقرة ١٠٥ فى الهامش.

لم يكن في ذمة المسترد[1]. وإذا كان الحق المتنازع فيه عقاراً، انقطع النزاع فيه وخلصت ملكيته للمسترد دون منازعة من البائع. ولا يعتبر العقار قد انتقل من البائع إلى المسترد، بل يعتبر أنه كان دائماً ملك المسترد، ومن ثم لا يلزم تسجيل الاسترداد. وإذا كان المشترى قد اشترى بثمن مؤجل، وأصبح المسترد ملزماً بهذا الثمن إلى أجله[2]، فانه لا يكون ملزماً بشئ نحو البائع، بل هو ملزم نحو المشترى، وهذا ملزم نحو البائع[3] كما سبق القول.

١٠٨ – الحالات الاستثنائية التى لا يجوز فيها الاسترداد: لما كان حق الاسترداد قد أعطى للقضاء على المضاربة فى الحقوق المتنازع فيها ولمنع استغلال الخصومات، فقد نصت المادة ٤٧٠ مدنى، كما رأينا على حالات استثنائية أربع لا يجوز فيها الاسترداد لانتفاء فكرة المضاربة. وهذه الحالات هى[4]:

١ – إذا كان الحق المتنازع فيه داخلا ضمن مجموعة أموال بيعت جزافاً بثمن واحد.

---

(١) بودرى وسينيا فقرة ٩٥٨ – وما ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد فى حاجة إلى التحرير، فقد ورد ما يأتى: «وإذا كان الحق المتنازع فيه حقاً شخصياً، فاسترداده يمكن تكييفه على أنه شراء للحق من الدائن، ثم انقضاء الحق بعد ذلك باتحاد الذمة. وإذا كان الحق عينيا، فاسترداده يكون شراء فيه معنى الصلح» (مجموعة الأعمال التحضيرية٤ ص٢٠٥). والصحيح ما قررناه. انظر فى معنى المذكرة الإيضاحية الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٨٩ ص٤٧٥ – الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٣٨ ص٤٥٥.

ونقر الأستاذ عبد المنعم البدراوى فيما ذكره فى هذا الصدد إذ يقول: «الاسترداد لا يعدو أن يكون وسيلة لإبراء ذمة المدين.. ليس من أثر الاسترداد إنشاء علاقة مباشرة بين البائع والمسترد، فلا يستطيع البائع مطالبة المسترد بالثمن بدعوى مباشرة، وإنما يرجع عليه باستعمال دعوى مدينه أى المشترى المتنازل إليه. ثم إن المسترد لا يعتبر أنه تلقى حقاً من المشترى الذى استعمل خيار الاسترداد فى مواجهته، لأن كل ما يترتب على الاسترداد هو انتهاء الدَّين إذا كنا بصدد حوالة أو زوال النزاع الذى ثار حول الحق العينى محل التنازل. ولهذا إذا تعلق الاسترداد بحق عينى عقارى، فليس من الواجب تسجيله. والخلاصة أنه نظراً للطبيعة الخاصة لخيار استرداد الحق المتنازع فيه، فإن المسترد لا يعتبر خلفاً خاصاً للبائع (المتنازل) ولا للمشترى (المتنازل إليه) لأننا بصدد حق متنازع فيه كان المسترد نفسه طرفا فيه» (الأستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ٤٠٩ ص٥٩٧ – ص٥٩٨).

(٢) بودرى وسينيا فقرة ٩٤٤– بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٢٠ ص٤٠٧.

(٣) ويستطيع البائع أن يرجع على المسترد بالثمن عن طريق الدعوى غير المباشرة باستعمال حق مدينه المشترى قبل مدين الدين وهو المسترد. ويذهب الفقه فى فرنسا، وفقاً لتقاليد القانون الفرنسى القديم، إلى أن البائع يستطيع أن يرجع أيضاً بدعوى مباشرة على المسترد (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٢٢ ص٤٠٩– كولان وكابيتان، فقرة ٩٨٤ – وانظر فى هذا المعنى: الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٩٢ – الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٤٢– الأستاذين أحمد نجيب الهلالى وحامد ذكى ص٦٢٧ هامش رقم ١ ونرجح الرأى الذى ذهب إليه الأستاذ عبد المنعم البدراوى من أن البائع لا يستطيع مطالبة المسترد بالثمن بدعوى مباشرة (فقرة ٤٠٩ وقد سبقت الإشارة إلى ذلك)، لأن الدعوى المباشرة لا تكون إلا بنص، ولا يوجد نص هنا يجعل للبائع أن يرجع بدعوى مباشرة على المسترد.

(٤) وهى مذكورة على سبيل الحصر، ففى غيرها يجوز الاسترداد دائماً (لوران ٢٤ فقرة ٦١٠– جيوار ٢ فقرة ٨٩٧ – بودرى وسينيا فقرة ٩٦٠).

مثل بيع التركة، فهى مجموع من المال بما له من حقوق وما عليه من ديون. وسنرى أن بيع التركة هو بيع لهذا المجموع دون نظر إلى عنصر من عناصره بالذات. فإذا كان فى التركة حق متنازع فيه، فان هذا الحق يفقد ذاتيته ويفنى مع العناصر الأخرى فى مجموعة التركة، فتنعدم فكرة المضاربة فى هذا الحق بالذات، فلا يجوز الاسترداد. ويترتب على ذلك أنه إذا اشترى شخص من وارث نصيبه فى التركة، وكان ضمن هذا النصيب دين للتركة فى ذمة أجنبى وهو دين متنازع فيه المدين، فان المشترى لنصيب الوارث وقد أصبح صاحب هذا الدين المتنازع فيه يستطيع أن يطالب به المدين، ولا يستطيع المدين أن يسترده منه. فإذا صفى النزاع فى الدين، وثبت استحقاق التركة له، وجب على المدين أن يدفعه كله لمن اشترى نصيب الوارث.

٢ – إذا كان الحق المتنازع فيه شائعاً بين ورثة أو ملاك[1]، وباع أحدهم نصيبه من الآخر. فإذا فرضنا أن حقاً متنازعاً فيه يملكه شخصان فى الشيوع، إما لأنهما ورثاه عن مورث مشترك أو اشترياه معاً، ثم باع أحد الشريكين نصيبه فى الحق من الآخر، فان الاسترداد لا يجوز فى هذه الحالة. ذلك أن المفروض أن يكون شراء الشريك لنصيب شريكه لا يقصد به المضاربة، بل هو قسمة أو هو خطوة نحوها[2]. أما إذا كان الشريكان فى الحق ينازعهما أجنبى يدعى ملكية الحق معهما، وكان الحق ذاته متنازعاً فيه مع المدين به، ثم نزل الأجنبى عما يدعيه للشريكين، جاز للمدين أن يسترد. ذلك أننا خرجنا عن نطاق الاستثناء الذى نحن بصدده، فهذا الاستثناء يقتضى أن يبيع أحد الشريكين من الآخر نصيبه، لا أن أجنبياً عنهما يكون هو المتصرف[3].

٣ – إذا نزل المدين الدائن عن حق متنازع فيه وفاء للدين المستحق فى ذمته. والمفروض هنا أن للمدين حقاً متنازعاً فيه فى ذمة آخر، فنزل عن هذا الحق لدائنه وفاء بالدين الذى فى ذمته له. فالواضح أن الدائن، عندما قبل نزول مدينه عن حقه، لم يقصد المضاربة، وإنما قصد أن يستوفى حقه. ومن ثم لا يجوز لمن عليه الحق المتنازع فيه أن يتخلص من المطالبة باسترداد الحق من الدائن الذى استوفى بهذا الحق حقه، لأن الاسترداد

---

(١) أو شركة (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٢٣).

(٢) ومن ثم لا يجوز الاسترداد حتى لو كان الحق مملوكاً لأربعة أشخاص مثلا، وباع واحد منهم نصيبه لأحد الشركاء الثلاثة. فبالرغم من أن الحق لا يزال شائعاً بين الثلاثة، إلا أن فكرة القسمة لا تنتفى، وهذا البيع خطوة نحوها.

ويلاحظ أنه فى الحالة نحن بصددها – بيع أحد الشركاء نصيبه لشريك آخر – يمنع الاسترداد، فوق انتفاء فكرة المضاربة، اعتبار آخر هو أن الاسترداد لا يمنع من استمرار المنازعة والخصومة، إذ أنه لا يؤدى إلى أكثر من استرداد نصيب البائع، ويبقى الشريك الآخر بنصيبه المتنازع فيه مستمراً فى الخصومة.

(٣) بودرى وسينيا فقرة ٩٦٢.

هنا لا مبرر له[1]. وقد ينزل المدين وفاء لدينه عن حق متنازع فيه، ولا يكون هذا الحق كافياً لوفاء الدين، فيدفع معه مبلغاً إضافياً من النقود. مثل ذلك أن يكون فى ذمة المدين لدائنه أربعة آلاف، فيوفيه حقاً متنازعاً فيه مقداره أربعة آلاف ومعه مبلغ إضافى مقداره خمسمائة. فكأنه وفى مدينه خمسمائة، والباقى من الدين ومقداره ثلاثة آلاف وخمسمائة وفاه بأربعة آلاف متنازع فيها. ففى هذا المثل لا تدل الأرقام على أن هناك مضاربة فى الحق المتنازع فيه، فقد استوفى الدائن الدين الذى له بحق متنازع فيه يزيد عليه زيادة معقولة تقابل خطر النزاع. وإذا عكسنا الفرض، وقلنا إن فى ذمة المدين ثلاثة آلاف فوفاها بحق متنازع فيه مقداره أربعة آلاف على أن يعطى الدائن للمدين معدلا (soulte) لهذه الصفقة مقداره خمسمائة، فان الدائن يكون قد أعطى المدين خمسمائة فوق الثلاث الآلاف، واستوفى الثلاثة الآلاف والخمسمائة بأربعة آلاف متنازع فيها، فلا تدل الأرقام هنا أيضاً على فكرة المضاربة. ولكن إذا كان الدين الذى فى ذمة المدين هو ألف فقط، والمسألة بحالها، فان الدائن يكون قد أعطى خمسمائة فوق الألف، واستوفى الألف وخمسمائة بأربعة آلاف متنازع فيها، وقد يكشف قاضى الموضوع فى هذه الحالة من الأرقام والظروف الأخرى فكرة المضاربة فيجعل للمدين بالحق المتنازع فيه حق الاسترداد[2].

٤- إذا كان الحق المتنازع فيه يثقل عقاراً وبيع الحق لحائز العقار. والمفروض هنا أن عقاراً مثقل برهن يكفل ديناً على مالكه متنازعاً فيه. وباع المدين العقار المرهون من آخر، فالحائز للعقار وهو المشترى يكون مسئولا عن الرهن الذى يثقل العقار وله حق التطهير، ولكن إجراءاته معقدة وهو غير مأمون العاقبة. فيعمد إلى شراء الحق المتنازع فيه المكفول بالرهن، حتى يمنع الدائن المرتهن من تتبع العقار. ولا يستطيع المدين بالحق المتنازع فيه - وهو المدين الذى باع العقار - الاسترداد فى هذه الحالة، فان الذى دفع حائز العقار إلى شراء الحق المتنازع فيه لم يكن فكرة المضاربة، بل إنه أراد تجنب إجراءات الدائن المرتهن[3]. مثل ذلك أن يشترى شخص عقاراً من آخر بأربعة آلاف، وعلى العقار رهن

(1) ولكن قد يعمد الطرفان إلى التحايل، فينشئان ديناً صورياً لأحدهما على الآخر، ثم ينزل المدين للدائن عن حق له متنازع فيه وفاء لهذا الدين الصورى. فالاسترداد هنا يجوز، لأن الصفقة أريدت بها المضاربة وقد أخفيت تحت ستار هذا الدين الصورى.

(2) بودرى وسينيا فقرة ٩٦٥.

(3) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٢٣ ص٤١٠ - جوسران٢ فقرة ٨١٥ ص٤٤٢ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٣٠ - الأستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ٤١٠ ص٥٩٩ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١١٨ ص٢٧٠.

ويورد التقنين المدنى الفرنسى، وعلى غراره أورد التقنين المدنى المصرى السابق، لتقرير هذه الحالة الرابعة، عبارات غامضة لا يستبين منها فى وضوح غرض المشرع: أنظر فى نص التقنين المدنى الفرنسى كولان وكابيتان ٢ فقرة ٩٨١، وفى مثل مناسب لعبارة التقنين المدنى المصرى السابق وهى عبارة غامضة الأستاذين أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ٦١٦.

بألف متنازع فيها فإذا دفع المشترى كل الثمن للبائع، ثم اشترى الدين المضمون بالرهن ومقداره ألف بثمانمائة، فانه يرجع على المدين وهو بائع العقار بألف. ولا يجوز لهذا المدين أن يسترد الدين بثمنه فيدفع ثمانمائة بدلا من الألف. وإذا اكتفى المشترى بأن يدفع من الثمن ثلاثة آلاف ليستبقى ألفاً لوفاء الدين - وهذا ما يقع عادة - ثم اشترى الدين بثمانمائة، لم يجز للمدين بائع العقار أن يتمسك بحقه فى الاسترداد ليرجع على المشترى بالفرق بين الدين ومقداره ألف وبين ثمنه ومقداره ثمانمائة[1].

ب- بيع الحقوق المتنازع فيها لعمال القضاء

١٠٩- النصوص القانونية: تنص المادة ٤٧١ من التقنين المدنى على ما يأتى:

«لا يجوز للقضاة ولا لأعضاء النيابة ولا للمحامين ولا لكتبة المحاكم ولا للمحضرين أن يشتروا، لا بأسمائهم ولا باسم مستعار، الحق المتنازع فيه كله أو بعضه، إذا كان النظر فى النزاع يدخل فى اختصاص المحكمة التى يباشرون أعمالهم فى دائرتها، وإلا كان البيع باطلا».

وتنص المادة ٤٧٢ على ما يأتى:

«لا يجوز للمحامين أن يتعاملوا مع موكليهم فى الحقوق المتنازع فيها إذا كانوا هم يتولون الدفاع عنها، سواء أكان التعامل بأسمائهم أو باسم مستعار، وإلا كان العقد باطلا[2]».

وتقابل هذه النصوص فى التقنين المدنى السابق المادة ٣٢٤/٢٥٧[3].

(1) أنظر فى الحالات الاستثنائية الأربع المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية٤ ص٢٠٤.

(2) **تاريخ النصوص**:

م٤٧١: ورد هذا النص فى المادة ٦٣٧ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق مع ما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد فيما عدا فروقا لفظية، زالت فى لجنة المراجعة ومجلس النواب، وأصبح النص رقمه ٤٩٨ فى المشروع النهائى. ووافق عليه مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٧١ (مجموعة الأعمال التحضيرية٤ ص٢٠٠- ص٢٠٢).

م٤٧٢: ورد هذا النص فى المادة ٦٣٨ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق مع ما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد فيما عدا فروقاً لفظية، زالت فى لجنة المراجعة، وأصبح النص رقمه ٤٩٩ فى المشروع النهائى. ووافق عليه مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٧٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية٤ ص٢٠٢- ص٢٠٣ وص٢٠٦).

(3) **التقنين المدنى السابق م٣٢٤/٢٥٧**: لا يجوز للقضاة أو وكلاء الحضرة الخديوية وكتبة المحاكم والمحضرين والأفوكاتية أن يشتروا، بأنفسهم ولا بواسطة غيرهم، لا كلا ولا بعضاً من الحقوق المتنازع فيها التى تكون رؤيتها من خصائص المحاكم التى يجرون فيها وظائفهم، فإذا وقع ذلك كان البيع =

وتقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى: فى التقنين المدنى السورى المادتين ٤٣٩–٤٤٠. وفى التقنين المدنى الليبى المادتين ٤٦٠– ٤٦١– وفى التقنين المدنى العراقى المادتين ٥٩٥– ٥٩٦– وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادتين ٣٨٠– ٣٨١[١].

١١٠– البيع لعمال القضاء وحق الاسترداد: ونرى من ذلك أن لبيع الحقوق المتنازع فيها خاصية أخرى. فقد رأينا فيما تقدم أن بيع الحق المتنازع فيه يجعل للمدين حق الاسترداد من المشترى. وهنا نرى أن المشترى إذا كان أحداً من عمال القضاء– وبالتحديد أحداً ممن ذكروا بالنص – فان البيع يكون باطلا[1]، ومن ثم لا يكون هناك محل

=باطلا. وفى هذه الحالة يكون البيع باطلا أصلا، ويحكم ببطلانه بناء على طلب أى شخص له فائدة فى ذلك، ويجوز للمحكمة أن تحكم بالبطلان من تلقاء نفسها.

(والأحكام متفقة فى التقنينين. ولم يرد فى التقنين السابق نص خاص بتعامل المحامى فى الحق المتنازع فيه إذا كان وكيلا عن صاحب الحق، ولكن المادة ٣٢٤/٢٥٧ كانت تعتبر كافية لتحريم شراء المحامى للحق أو جزء منه، ويدخل فى البيع الوفاء بمقابل إذا كان المحامى يأخذ مقابل أتعابه جزءاً من الحق المتنازع فيه).

(١) **التقنينات المدنية العربية الأخرى**: التقنين المدنى السورى م٤٣٩ – ٤٤٠ (مطابقتان للمادتين ٤٧١– ٤٧٢ من التقنين المدنى المصرى).

(وانظر فى القانون المدنى السورى الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٢٧٨– فقرة ٢٨٩).

التقنين المدنى الليبى م٤٦٠– ٤٦١ (مطابقتان للمادتين ٤٧١– ٤٧٢ من التقنين المدنى المصرى).

التقنين المدنى العراقى م٥٩٥ – ٥٩٦ (مطابقتان للمادتين ٤٧١– ٤٧٢ من التقنين المدنى المصرى – وانظر فى القانون المدنى العراقى الأستاذ حسن الذنون فقرة ٣٦٢– فقرة ٣٦٩– والأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٦١١– فقرة ٦١٢).

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م٣٨٠: إن القضاة والمحامين والكتبة القضائيين ومعاونيهم لا يجوز لهم أن يشتروا بأنفسهم ولا بواسطة غيرهم الحقوق المتنازع عليها والداخلة فى حيز اختصاص المحاكم التى يقومون بوظائفهم فى دائرتها.

م٣٨١: إن زوجات الأشخاص المتقدم ذكرهم وأولادهم وإن كانوا راشدين يعدون أشخاصاً مستعارين فى الأحوال المنصوص عليها فى المواد السابقة.

(والتقنين اللبنانى يتفق فى مجموع أحكامه مع التقنين المصرى، إلا أنه أغفل النص على إعفاء أعضاء النيابة والمحضرين كما أغفل النص فى تحريم تعامل المحامى فى الحق المتنازع فيه الموكول إليه الدفاع عنه، وأقام قرينة قانونية على أن الزوجة والولد يعتبران اسما مستعارا).

(1) نص المادة ٤٧١ والفقرة الثانية من المادة ٤٦٩ من القانون المدنى يدل على تحريم شراء القضاة واعضاء النيابة والمحامين وغيرهم من أعوان القضاء الحقوق المتنازع عليها إذا كان النظر فى النزاع بشأنها يدخل فى اختصاص المحكمة التى يباشرون أعمالهم فى دائرتها وإلا وقع البيع باطل بطلانا مطلقا سواء اشتروه باسمائهم أو باسم مستعار ويعتبر الحق متنازعا عليه فى حالتين الأولى إذا رفعت به دعوى كانت مطروحة على القضاء ولم يفصل فيها بحكم نهائى وقت البيع والثانية أن يقوم فى شأن الحق المبيع نزاع جدى ويستوى أن يكون النزاع منصبا على أصل الحق أو انقضائه، وأن فصل =

للاسترداد إذ لا استرداد فى بيع باطل. وقد ربط التقنين المدنى الجديد ما بين النصوص المتعلقة ببيع الحقوق المتنازع فيها ربطاً لم يكن موجوداً فى التقنين المدنى السابق، إذ أن هذا التقنين الأخير عرض لحق الاسترداد فى مكان وللبيع لعمال القضاء فى مكان آخر، وباعد ما بين المكانين حتى صار الربط بينهما ينطوى على شئ من الخفاء. ومد ربط بينهما التقنين الحالى، أصبح واضحاً أن بيع الحق المتنازع فيه لأحد عمال القضاء، وهو بيع باطل، لا يدع مجالا لحق الاسترداد. فلا يجوز للمدين بالحق المتنازع فيه أن يسترد الحق، ويبطل البيع أصلا فيرجع الحق لصاحبه، ويكون المدين ملتزماً نحوه بكل الدين إذا صفى النزاع وثبت وجود الدين فى ذمة المدين. أما العكس فجائز، فإذا فرضنا أن المدين بالحق المتنازع فيه هو أحد عمال القضاء وباع الدائن الحق من آخر، فانه يجوز للمدين – ولو أنه من عمال القضاء – أن يسترد الحق المتنازع فيه[١]. ولا يحتج عليه فى ذلك بأنه اشترى حقاً متنازعاً فيه رؤية النزاع فيه من اختصاصه، لأنه إنما حسم النزاع بهذا الاسترداد، ولأنه لم يشتر الحق بل استرده لإبراء ذمته منه، واسترداد الحق لإبراء الذمة غير شرائه للمضاربة[٢].

=محكمة الموضوع فى كون الوقائع التى أثبتتها وقدرتها مؤدية أو غير مؤدية إلى اعتبار الحق المبيع متنازعا فيه خاضع لرقابة محكمة النقض باعتباره مسألة قانونية تتعلق بتوافر الاركان القانونية لحكم الفقرة الثانية من المادة ٤٦٩ من القانون المدنى.

(جلسة ١٩٨٢/٥/٢٠ الطعن ١٦٩٢ لسنة ٤٧ق س٣٣ ص٥٦١)

(جلسة ١٩٨٠/٥/١٥ الطعن ٨٧ لسنة ٤٧ق س٣١ ص١٣٧٣)

(جلسة ١٩٦٤/٣/١٩ الطعن ٣٦٥ لسنة ٢٩ق س١٥ ص٣٨١)

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى: «وبيع الحقوق المتنازع فيها على هذا النحو له خاصيتان: (أ) أنه لا يجوز إذا كان البيع لعمال القضاء الذين يقع فى اختصاصهم الفصل فى النزاع. (ب) أنه يجوز إذا كان البيع لغير عمال القضاء المتقدم ذكرهم، ولكن يستطيع من عليه الحق أن يتخلص منه إذا هو رد للمشترى الثمن والمصروفات والفوائد. وقد ربط المشروع هاتين الخاصتين إحداهما بالأخرى لما بينهما من العلاقة الظاهرة، بخلاف التقنين الحالى (السابق) فقد فصل موضوع استرداد الحق المتنازع فيه (م٣٥٤– ٣٥٥/ ٤٤٢–٤٤٣) عن موضوع تحريم بيعه لعمال القضاء (م٣٢٤/٢٥٧)» (مجموعة الأعمال التحضيرية٤ ص٢٠٣).

وجاء فى مكان آخر من المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى: «وحكم بيع الحق المتنازع فيه من حيث جواز الاسترداد قد يتدخل فى حكم هذا البيع من حيث تحريمه على عمال القضاء. فإذا باع الدائن حقاً متنازعاً فيه لأحد عمال القضاء، كان البيع باطلا بطلانا مطلقاً كما تقدم، ولا يكون للمدين فى هذا البيع الباطل أن يتخلص من الدين بدفع الثمن والمصروفات والفوائد. أما العكس فجائز، ويكون لعامل القضاء الذى ينازع فى دين أن يتخلص منه إذا باعه الدائن» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص٢٠٥).

(٢) انظر فى هذا المعنى الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٣٦ – الأستاذ سليمان مرقس فقرة ١٠٦ – الأستاذ محمد كامل مرسى ص٤٦٧ وهامش رقم ٢ – الأستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ١٢٨– الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١٢٤ ص٢٨٣– وانظر عكس ذلك: أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ رابعاً هامش ١٢ – جيوار فقرة ١٤٢ – الأستاذين أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ٢٢٩.

ويخلص مما تقدم أن القانون ينظر فى ريبة إلى بيع الحق المتنازع فيه. فهو فى القليل طوى على فكرة المضاربة واستغلال الخصومات، ومن ثم جعل القانون الجزاء على ذلك حقاً فى الاسترداد يعطيه للمدين. فإذا زادت الريبة وكان المشترى هو أحد عمال القضاء شترى حقاً نظر النزاع فيه يقع فى اختصاصه، زاد الجزاء على ما تقدم، إذ الشبهة هنا لا تعلق فحسب بفكرة المضاربة، بل تصل إلى حد استغلال النفوذ، ومن ثم كان الجزاء أشد وقد جعله القانون بطلان البيع[1]. وحرم القانون بوجه خاص على المحامى التعامل مع موكله فى الحق المتنازع فيه الموكول إليه أمر الدفاع عنه، سواء بالبيع أو بغيره من لتصرفات.

وقد عرفنا فيما تقدم ما هو الحق المتنازع فيه[2]. ويبقى أن نعرف: (١) من هم لمشترون للحقوق المتنازع فيها. (٢) وما هو الجزاء على شرائهم لهذه الحقوق (٣) وأحكام تعامل المحامى فى الحق المتنازع فيه (pacte de quota litis).

١١١ - المشترون للحقوق المتنازع فيها: المحظور عليهم الشراء هم القضاة وأعضاء النيابة والمحامون وكتبة المحاكم والمحضرون. وقد ذكروا فى المادة ٤٧١ مدنى على سبيل الحصر، فلا يجوز القياس عليهم، ولا يمتد الحظر إلى الخبراء[3] ومترجمى المحاكم

(١) ولكن لا يمتنع على عمال القضاء بيع حق لهم متنازع فيه، لأن البيع بعكس الشراء يقطع صلتهم بالحق ويبعد عنهم الشبهات (الأستاذ سليمان مرقس فقرة ١٠٣- الأستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ١٢٤ ص١٨٢).

(٢) فالحق المتنازع فيه معناه واحد من حيث حق الاسترداد ومن حيث تحريم شراؤه على عمال القضاء، ومن ثم يكفى ليكون الحق متنازعاً فيه فى الحالتين أن يقوم فى شأن موضوعه نزاع جدى ولو لم ترفع دعوى به أمام القضاء (قارن الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١٢٣ ص٢٧٩). وقد قضت محكمة النقض بأن المادة ٢٥٧ مدنى (٤٧١ جديد) التى تحرم على القضاء وغيرهم شراء الحقوق المتنازع فيها تفيد عبارتها اشتراط أن يكون التنازع على الحق قائماً بالفعل وقت الشراء ومعروفا للمشترى، سواء أكان مطروحاً على القضاء أم لم يكن طرح بعد. وإذن فلا يكفى لإبطال البيع أن يكون الحق المبيع قابلا للنزاع ومحتملا أن ترفع بشأنه دعوى. ومحكمة الموضوع، إذ تفصل فى وصف كون الوقائع التى اثبتتها وقررتها مؤدية أو غير مؤدية إلى اعتبار الحق متنازعا فيه، إنما تفصل فى مسألة قانونية هى توافر ركن من الأركان القانونية للمادة ٢٥٧ مدنى (٤٧١ جديد) أو عدم توافره. وإذن فعملها فى هذا خاضع لرقابة محكمة النقض (نقض مدنى ٢٦ أبريل سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ١٧٨ ص٣٨٩). وقضت محكمة استئناف مصر بأن النزاع فى الحق المانع من البيع الذى نصت عليه المادة ٢٥٧ مدنى (٤٧١جديد) يجب أن يكون قائماً فعلا أو محتملا وقت التعاقد، فكل نزاع يجد أو ينشأ بعد التعاقد لأسباب لم تكن ظاهر ولا كانت فى حساب المتعاقدين وقت التعاقد لا يصح أن يكون حائلا دون البيع للأشخاص الذين ذكرهم القانون (استئناف مصر ١١ مايو سنة ١٩٣٩ المجموعة الرسمية ٤١ رقم ٨٢).

(٣) لا يدخل الخبراء ولو كانوا مقيدين فى الجدول (استئناف مختلط ٢٦ يناير سنة ١٩٣٢م ٤٤ ص١٤١).

ووكلاء المحامين وكتبتهم وخدم المحاكم وحجابهم وفراشيها والحراس ورجال الشرطة ومأمورى الضبطية القضائية[1].

والقضاة يشملون كل من ولى وظيفة القضاء. فقضاه المحاكم الجزئية والمحاكم الكلية ومحاكم الاستئناف ومحكمة النقض، كل هؤلاء القضاة والمستشارين يعتبرون «قضاة». ويشمل اللفظ أيضاً مستشارى وقضاة مجلس الدولة والمحاكم الإدارية[2]، كما يشمل قضاة المحاكم المختلطة والمحاكم الشرعية والمجالس الملية عندما كانت هذه المحاكم موجودة. والمحظور شراؤه على القاضى يتسع أو يضيق بحسب المحكمة التى يباشر فيها وظيفته. فقاضى المحكمة الجزئية لا يجوز له شراء الحقوق المتنازع فيها إذا كان النظر فى النزاع من اختصاص محكمته الجزئية وحدها، ويجوز له شراء الحقوق المتنازع فيها فيما عدا ذلك ولو كان النظر فى النزاع من اختصاص محكمة جزئية أخرى تابعة لنفس المحكمة الكلية التى تتبعها محكمته[3]، على أن يكون للمدين حق الاسترداد على النحو الذى قدمناه فيما يتعلق بهذا الحق. وقاضى المحكمة الكلية يمتد اختصاصه إلى دائرة محكمته، بما فى ذلك اختصاص المحاكم الجزئية التابعة لمحكمته حتى لو كان النزاع يدخل فى الاختصاص النهائى للمحكمة الجزئية، لأن مجرد احتمال رفع استئناف ولو غير مقبول يكفى لإلقاء ظل من الشبهة، بل يجوز أن يتسع النزاع وتضم إليه طلبات إضافية تجعله قابلا للاستئناف[4]. ومستشار محكمة الاستئناف يمتد اختصاصه إلى دائرة محكمته، بما فى ذلك اختصاص المحاكم الكلية والمحاكم الجزئية التابعة لهذه المحكمة. أما مستشار محكمة النقض فيمتنع عليه أن يشترى أى حق متنازع فيه، لأن اختصاص محكمته يمتد إلى جميع أنحاء الدولة، وهذا حتى لو كان الحكم فى النزاع غير قابل للنقض للاحتمالات التى قدمناها.

وأعضاء النيابة يتدرجون من النائب العام إلى معاونى النيابة. ولا يدخل فيهم معاونو الإدارة، ولا أعضاء النيابة الإدارية فهذه النيابة لم تكن موجودة وقت وضع التقنين الجديد.

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية٤ ص٢٠٥.

(٢) ولا يدخل مستشارو الرأى والتشريع فى مجلس الدولة والأعضاء الفنيون بهذين القسمين والموظفون الفنيون بوزارة العدل، فكل هؤلاء ليست لهم ولاية القضاء. كذلك لا يدخل المحكمون، فهؤلاء لا يسمون «قضاة».

(٣) غير أن محكمة استئناف مصر قضت بأن وكلاء النيابة بالمحاكم الجزئية يعتبرون فى حكم من يؤدون وظائفهم فى دائرة المحكمة الكلية كلها، لأن المحاكم الجزئية ليست محاكم مستقلة بذاتها، بل هى محاكم متفرعة عن المحاكم الكلية الرئيسية، ووكلاء النيابة والقضاة فيها معينون أصلا فى المحاكم الكلية ثم ينتدبون للعمل فى الجزئيات (استئناف مصر ١٣ يونيه سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ١٣٠ ص٢٤١).

(٤) أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ رابعاً ص١٨٤- بودرى وسينيا فقرة ٢٦٠- عكس ذلك ماركاديه م١٥٩٨ فقرة١.

ولكل عضو نيابة اختصاص المحكمة التى يعمل فيها، ويمتد اختصاص النائب العام إلى جميع أنحاء الدولة وكذلك النائب العام المساعد، أما بالنسبة للمحام العام فمتد اختصاصه إلى دائرة المحكمة التى يعمل فيها.

ومفاد أحكام المادة ٢٣ من قانون السلطة القضائية المعدلة بالقانون رقم ١٣٨ لسنة ١٩٨١، والمادة ٢٤ من ذات القانون معدلة بالقانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٨٤ أن مدير نيابة النقض ومن يعاونه من أعضاء نيابة النقض يتبعون محكمة النقض ومن ثم فأنه يمتنع عليهم أن يشتروا أى حق متنازع فيه، لأن اختصاص محكمة النقض يمتد إلى جميع أنحاء الدولة.

والمحامون هم كل من كان عضواً فى نقابة المحامين. ولو كان لا يزال تحت التمرين. ومن هؤلاء المحامين من لا يسمح لهم بالمرافعة إلا أمام المحاكم الجزئية، فيحظر عليهم شراء الحقوق المتنازع فيها إذا كان النزاع من اختصاص أية محكمة جزئية فى جميع أنحاء البلاد. ومنهم من لا يسمح لهم بالمرافعة إلا أمام المحاكم الكلية والجزئية، فيحظر عليهم شراء الحقوق المتنازع فيها جميعا. والمحامون المسموح لهم بالمرافعة أمام محكمة النقض أو أمام محاكم الاستئناف يحظر عليهم هم أيضاً شراء أى حق متنازع فيه[1].

وكتبة المحاكم يندرج فيهم كتاب الجلسات، وغيرهم من الكتاب ككتاب الحسابات السكرتارية والقيد وغير ذلك من الأقسام الإدارية. والكاتب موظف فى محكمة معينة، فالحظر يشمل دائرة اختصاص هذه المحكمة، سواء كانت محكمة جزئية أو محكمة كلية أو محكمة استئناف أو محكمة النقض.

كذلك المحضرون كل معين فى محكمة معينة، فالحظر يشمل دائرة اختصاص هذه المحكمة.

ويلاحظ أنه يجب توافر الصفة فى الوقت الذى يتم فيه الشراء، فلو أن المشترى لم يكن قاضيا فى محكمة القاهرة وقت أن اشترى حقاً متنازعاً فيه من اختصاص هذه المحكمة، فالشراء جائز حتى لو نقل القاضى بعد ذلك إلى محكمة القاهرة ورفع النزاع أمام هذه المحكمة، وعليه فى هذه الحالة أن يتنحى عن نظر القضية. ويجب أيضاً أن يكون الحق متنازعاً فيه وقت الشراء، فلو لم يقم فى شأنه نزاع جدى وقت أن اشتراه عامل لقضاء

(١) ومع ذلك فقد ذهب رأى إلى قصر المنع على حالة ما إذا كان المشترى محاميا عن أحد المتنازعين (الأستاذ فتحى زغلول ص٢٢٦)، وذهب رأى آخر إلى قصر المنع على المحاكم التى يترافع فيها المحامى بصفة مستمرة (الأستاذ حلمى عيسى فقرة ٩٠٢) أو المحكمة التى يباشر عمله فعلا فى دائرتها (الأستاذ اسماعيل غانم ص٤٢- ص٤٣)، غير أن هذه الآراء يعوزها سند من القانون (الأستاذان أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى ص٢٢٥ هامش١- الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٣٣ ص٤١٣- الأستاذ سليمان مرقس فقرة ١٠٥ ص١٤٦ - ص١٤٧- الأستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ١٢٥ ص١٨٤- الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١٢٣ ص٢٨١).

فالشراء صحيح ولو قام النزاع بعد ذلك أو كان قائماً قبل ذلك وانحسم. ويجب أخيراً أن يكون عامل القضاء عالما بوقوع النزاع فى الحق وقت شرائه[1].

ويستوى أن يكون الشراء واقعاً على كل الحق، أو واقعاً على بعضه. كما يستوى أن يشترى عامل القضاء الحق المتنازع فيه باسمه الشخصى أو باسم مستعار[2].

١١٢- جزاء الحظر: ولاشك فى أن جزاء الحظر بطلان البيع بطلاناً مطلقاً[1]، فالنص (م٤٧١ مدنى) صريح فى هذا المعنى. ولا يكون لعقد البيع أثر لا فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة إلى الغير، وفقاً للقواعد المقررة فى البطلان[3]. ومن ثم لا يجوز للمدين بالحق المتنازع فيه أن يسترد الحق فى هذا البيع، كما سبق القول. ويترتب على بطلان البيع أن المشترى يسترد ما دفعه ثمناً للحق، ويبقى الحق ملكا لصاحبه الأصلى.

والبطلان يقوم على أساس أن البيع مخالف للنظام العام. فمما يخالف النظام العام أن يستغل عامل القضاء نفوذه فى شراء الحقوق المتنازع فيها. وإذا كان لم يقصد أن يستغل نفوذه فعلا، ففى القليل قد ألقى بشرائه الحق المتنازع فيه ظلا من الشبهة فى حيدة القضاء فى نزاع يقع فى اختصاصه. فهذه الاعتبارات تتصل أوثق الاتصال بالنظام العام والآداب، ويكون الجزاء هو البطلان المطلق[4].

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا تبين وقت تحويل السند أن المحامى لم يكن يعلم بأنه موضوع نزاع، جاز التحويل له، ولا يمكن أن ينسب إليه أنه اشترى ديناً متنازعاً فيه (٢٥ يونيه سنة ١٩٢٤ المحاماة رقم ٢/٢٦ جـ١٩).

(1) أ- مفاد النص فى المادتين ٤٧١، ٤٧٢ من القانون المدنى - وعلى ما أفصحت عنه المذكرة الايضاحية - أن جزاء حظر بيع الحقوق المتنازع فيها لعمال القضاء والمحامين هو البطلان المطلق الذى يقوم على اعتبارات تتصل بالنظام العام.

(جلسة ١٩٨٠/٥/١٥ الطعن ٨٧ لسنة ٤٧ق س٣١ ص١٣٧٣).

ب- تمسك الطاعن بأن للمطعون ضده قد اشترى حقا متنازعا عليه هو دفاع يخالطه واقع فلا يجوز اثارته لأول مرة أمام محكمة النقض.

(جلسة ١٩٦٧/٨/١٥ الطعن ١٩٣ لسنة ٣٤ق س١٨ ص١٥٠٠)

(٢) كأن يشترى باسم زوجه أو ولده أو قريب له أو صديق. ويجوز إثبات الشراء باسم مستعار بجميع الطرق، ويدخل فى ذلك البينة والقرائن. وقد وضع تقنين الموجبات والعقود اللبنانى (م٣٨١) قرينة قانونية على أن الشراء باسم الزوجة أو باسم الأولاد ولو كانوا راشدين هو شراء باسم مستعار (انظر آنفاً فقرة ١٠٩ فى الهامش).

(٣) ويسرى التحريم والبطلان المطلق على الوفاء بمقابل والمقايضة كما يسرى على البيع، لأن كلا من الوفاء بمقابل والمقايضة تسرى عليه أحكام البيع (انظر الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١٢٤ ص٢٨٢).

(٤) ومن ثم فقد قيل إن عامل القضاء لا يسترد ما دفعه من الثمن فى شراء الحق المتنازع فيه لأنه الطرف الملوث، ولكن هذه النظرية القديمة قد هجرت، وما دام البيع باطلا لا يترتب عليه أثر فإنه يسترد ما دفعه.

وفى فرنسا نص على عدم جواز شراء عامل القضاء للحق المتنازع فيه، دون أن يصرح النص =

١١٣– تعامل المحامى فى الحق المتنازع فيه (pacte de quota litis): وقد ورد فى التقنين المدنى (م٤٧٢) نص صريح فى تحريم تعامل المحامى مع موكله فى الحق المتنازع فيه. ويلاحظ أن نص المادة ٤٧١ مدنى كان وحده يكفى لتحريم شراء المحامى حقاً متنازعاً فيه لموكله. بل إن النص أوسع من ذلك إذ يحرم على المحامى أن يشترى أى حق متنازع فيه ولو لم يكن وكيلا عن صاحب الحق كما سبق القول. أما المادة ٤٧٢ مدنى فهى أضيق من المادة ٤٧١ مدنى من ناحية، وأوسع من ناحية أخرى. هى أضيق، لأنها تشترط أن يكون المحامى وكيلا فى الحق المتنازع فيه. وهى أوسع، لأنها تقضى بأنه متى كان المحامى وكيلا فى الحق المتنازع فيه. فكل ضروب التعامل فى هذا الحق محرمة عليه، وليس الشراء فحسب. فلا يجوز له أن يشترى الحق، ولا أن يقايض عليه، ولا أن يوهب له، ولا أن يشارك فيه، ولا أن يقترضه. ولا يجوز له بوجه خاص أن يأخذ جزءاً من الحق فى مقابل أتعابه ولو تولى الانفاق على التقاضى. والحظر هنا أيضاً يقوم على اعتبارات تتصل بالنظام العام، إذ يخشى أن يستغل مركزه فيوهم موكله أن حظه فى استخلاص حقه غير كبير، ويحمله بذلك على قبول اتفاق يكون الموكل فيه مغبوناً. ومن ثم يكون التعامل باطلا بطلاناً مطلقاً، ويستوى أن يتعامل المحامى باسمه أو يتعامل باسم مستعار كزوجة أو ولد أو قريب أو صديق. وبطلان التعامل لا يمنع من أن يطلب المحامى تقدير أتعابه، ويرجع على الموكل بها هى وما عسى أن يكون قد أنفقه على التقاضى[١]. كذلك لا يوجد ما يمنع، إذا انتهى النزاع فى الحق، أن يتعامل المحامى فيه مع موكله السابق بعد أن أصبح الحق غير متنازع فيه[٢](1).

=بالبطلان كما صرح نص القتنين المدنى المصرى، فانقسم الفقه الفرنسى بين قائل ببطلان البيع وقائل بقابليته للإبطال. فمن القائلين بالبطلان: لوران ٢٤ فقرة ٦٣– جيوار ١ فقرة ١٤٠– هيك ١٠ فقرة ٥٥. ومن القائلين بالقابلية للإبطال: ديمولومب ٢٩ فقرة ٦٩– أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ رابعاً ص١٧٥ وهامش ٩ – بودرى وسينيا فقرة ٢٦٦– بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٢٧ – بلانيول وريبير وبولانجيه٢ فقرة ٢٣٣٧ – جوسران٢ فقر ١٠٣١.

(١) أما تعامل المحامى الباطل فى الحق المتنازع فيه فيكون محل مؤاخذة تأديبية (أنظر الأستاذ سليمان مرقس فقرة ١٠٧ ص١٤٩).

(٢) استئناف مختلط ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٠٥ م١٨ ص٦٦– وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى: «زاد المشروع بأن ذكر تطبيقاً خاصاً لبيع الحق المتنازع فيه لعمال القضاء، هو التطبيق الكثير الوقوع فى العمل، وهو تعامل المحامى مع موكله فى الحق المتنازع فيه إذا كان هو الذى تولى الدفاع عنه – pacte de quota litis– سواء أكان التعامل بالبيع أم بغيره، وسواء تعامل المحامى باسمه أو باسم مستعار: م٦٣٨ من المشروع وهى منقولة عن المشروع الفرنسى الإيطالى م٣/٣٣٣، ولا نظير لها فى التقنين الحالى (السابق). ويلاحظ أنه يجوز، بعد انتهاء النزاع، أن يتعامل الموكل مع المحامى فى الحق الذى كان متنازعاً فيه» (مجموعة الأعمال التحضيرية٤ ص٢٠٥).

(1) أ– لئن كان النص فى المادة ٤٧٢ من القانون المدنى على أنه لا يجوز للمحامين أن يتعاملوا مع موكليهم فى الحقوق المتنازع فيها إذا كانوا هم الذين يتولون الدفاع عنها سواء كان التعامل = =

وقد كان تعامل المحامى فى الحق الموكل فى النزاع بشأنه محرماً على الرأى الراجح، فى عهد التقنين المدنى السابق[١]، تطبيقاً للمبدأ العام الذى يحرم على المحامين شراء الحقوق المتنازع فيها سواء كانوا موكلين فى النزاع أو غير موكلين. فلم يستحدث التقنين المدنى الجديد حكماً جديداً فى هذا الصدد، وإنما أورد نصاً خاصاً صريحاً فى التحريم[٢].

٢– بيع السلم

١١٤– السلم فى الفقه الإسلامى: لما كان بيع المعدوم باطلا فى الفقه الإسلامى، فقد استثنى من هذه القاعدة بيع السلم، وهو بيع شئ غير موجود ولكنه ممكن الوجود. ونستعرض هنا فى إيجاز، ملخصاً عن البدائع[٣]، الخطوط الرئيسية فى بيع السلم فى الفقه

==باسمائهم أم باسم مستعار وإلا كان العقد باطلا، إلا أنه لا يوجد ما يمنع إذا انتهى النزاع فى الحق أن يتعامل المحامى فيه مع موكله بعد أن أصبح الحق غير متنازع فيه.

(جلسة ١٩٨٤/٦/١٢ الطعن ٣٠٧ لسنة ٥١ق س٣٥ ص١٦٢٣)

ب– تحظر المادة ٤٧٢ من القانون المدنى على المحامين التعامل مع موكليهم فى الحقوق المتنازع فيها إذا كانوا هم الذين يتولون الدفاع عنها سواء كان التعامل أو باسم مستعار وإلا كان العقد باطلا، فإذا كان الثابت من عقد البيع أن الطاعن قد اشترى العقار المبين فيه بصفته وليا طبيعيا على ولديه القاصرين وهما ليسا ممن تضمنهم الحظر الوارد بالمادة المذكورة فلا يكون العقد باطلا إلا إذا ثبت أنهما كانا اسما مستعارا لوالدهما الطاعن الأول، فإذا كان الطاعنان قد تمسكا أمام محكمة الاستئناف بأن الحكم المستأنف الذى أيده الحكم المطعون فيه لم يبين إذا كان اسم المشترى مستعارا من عدمه، وكان ذلك دفاعا جوهريا يتغير به وجه الرأى فى الدعوى، فان الحكم المطعون فيه إذا أغفل الرد على هذا الدفاع وقضي بالبطلان دون التثبت من أن المشترين كانا اسما مستعارا للطاعن يكون مشوبا بالقصور والخطأ فى تطبيق القانون.

(جلسة ١٩٦٤/٣/١٩ الطعن ٣٦٥ لسنة ٢٩ س١٥ ص٣٨١)

(١) استئناف مصر ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٢٤٢ ص٣٢٨– استئناف مختلط ٢٦ يونيه سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص٥١٥– ٢١ يناير سنة ١٩٤٣ م٥٥ ص٣٤ – الأستاذان أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ٢٣٢ – الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٣٧ ص٤١٦– الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١٢٥.

وإذا كان التقنين المدنى السابق لم يشتمل على نص صريح فى تحريم تعامل المحامى فى الحق المتنازع فيه الموكل فى النزاع بشأنه، فقد اشتمل قانون المحاماة رقم ١٣٥ لسنة ١٩٣٥ على هذا النص، إذ تقضى المادة ٤٣ من هذا القانون بما يأتى: «وليس له على كل حال أن يبتاع كل أو بعض الحقوق المتنازع عليها، أو أن يتفق على أخذ جزء منها نظير أتعابه، أو على أجر ينسب إلى قيمة ما هو مطلوب فى الدعوى أو ما يحكم به فيها. وعلى كل حال لا يجوز له أن يعقد اتفاقا على الأتعاب من شأنه أن يجعل له مصلحة فى الدعوى».

(٢) ولا يوجد فى التقنين المدنى الفرنسى نص يماثل المادة ٤٧٢ من التقنين المدنى المصرى، ولكن الفقه الفرنسى يحرم تعامل المحامى فى الحق المتنازع فيه تطبيقا للمادة ١٥٩٧ مدنى فرنسى وهى التى تماثل المادة ٤٧١ مدنى مصرى (بودرى وسينيا فقرة ٢٦٨).

(٣) البدائع للكاسانى٥ ص٢٠١– ص٢٠٥.

الإسلامي، ثم نعرض لهذا النوع من البيع في القانون المصري. ولما كان تقنين الموجبات والعقود اللبناني أفرد لهذا البيع نصوصاً خاصة، فاننا نعرض لهذه النصوص بعد ذلك.

يمكن تعريف السلم في الفقه الإسلامي بأنه بيع شئ غير موجود بالذات بثمن مقبوض في الحال، على أن يوجد الشئ ويسلم للمشتري في أجل معلوم. ويسمى المشتري المسلم أو رب السلم، والبائع المسلم إليه، والمبيع المسلم فيه، والثمن رأس المال. ونرى من ذلك أن السلم هو بيع المعدوم، رخص فيه استثناء من مبدأ عدم جواز بيع المعدوم للحاجة إليه وجريان التعامل فيه. على أن للسلم شروطاً وقيوداً تخرجه عن أن يكون مطلق بيع المعدوم، وتكسبه سمة خاصة تجعله استثناء مقيداً في حدود ضيقة.

فيشترط في المبيع – المسلم فيه – أن يكون معلوم الجنس والنوع والصفة كحنطة سقية وسط أو تمر فارسي جيد، وأن يكون معلوم القدر بالكيل أو الوزن أو العد أو الذرع، وأن يكون مما يمكن أن يضبط قدره وصفته بالوصف على وجه لا يبقى بعد الوصف إلا تفاوت يسير. فلو كان مما لا يمكن، ويبقى بعد الوصف تفاوت فاحش، لا يجوز السلم فيه. فيجوز السلم إذن في المكيلات والموزونات لأنها من ذوات الأمثال، وفي العدديات المتقاربة كالجوز والبيض لأن الجهالة فيها يسيرة وصغيرها وكبيرها سواء فلا يجرى التنازع في ذلك القدر من التفاوت بين الناس عادة، وفي الذرعيات كالثياب والبسط والحصير لأن الناس تعاملوا السلم فيها لحاجتهم إلى ذلك ولأنه إذا بين الجنس والنوع والصفة والرقعة والطول والعرض يتقارب التفاوت فيلحق بالمثل في باب السلم. ولا يجوز السلم في العدديات المتفاوتة من الحيوان والجواهر واللآلي والجلود والبطيخ والقثاء والسفرجل والرمان ونحوها، لأنه لا يمكن ضبطها بالوصف، أو يبقى بعد بيان جنسها ونوعها وصفتها وقدرها جهالة فاحشة مفضية إلى المنازعة. ويجب في المسلم فيه أيضاً أن يكون مما يتعين بالتعيين، فإن لم يكن كالدراهم والدنانير، لم يجز السلم فيه، لأن المسلم فيه مبيع والمبيع يجب أن يتعين بالتعيين، كما يجب أن يكون المسلم فيه مؤجلا، حتى لا يجوز السلم في الحال عند الحنفية، وعند الشافعي هذا ليس بشرط، وسلم الحال جائز. وجه قوله أن الأجل شرع نظراً للمسلم إليه – البائع – تمكيناً له من الاكتساب، فلا يكون لازماً كما في بيع العين. واحتجت الحنفية بأن السلم حالا يفضى إلى المنازعة لأن السلم بيع المفاليس، فالظاهر أن يكون المسلم إليه عاجزاً عن تسليم المسلم فيه ورب السلم يطالب بالتسليم فيتنازعان على وجه تقع معه الحاجة إلى الفسخ. وبأن الترخيص في السلم هو تغيير الحكم الأصلي وهو حرمة بيع ما ليس عند الإنسان إلى الحل بعارض عذر العدم ضرورة الإفلاس، فحالة الوجود والقدرة لا يلحقها اسم الرخصة فيبقى الحكم فيها على العزيمة الأصلية. ولو مات المسلم إليه قبل الأجل، حل الدين. ويجب أن يكون نوع المسلم فيه موجوداً من وقت العقد إلى وقت الأجل، فإن لم يكن النوع موجوداً عند العقد أو عند محل الأجل، أو كان موجوداً فيهما لكنه انقطع من أيدي الناس فيما بين ذلك كالثمار والفواكه واللبن وأشباه ذلك، لا يجوز السلم. وهذا عند الحنفية، وقال الشافعي الشرط وجوده عند محل الأجل دون وقت العقد.

أما الثمن – رأس المال – في السلم، فيجب فيه أيضاً بيان جنسه ونوعه وصفته، كدنانير نيسابورية جيدة وتمر برني وسط. ويجب أن يكون مقبوضا في مجلس السلم، لأن المسلم فيه دين والافتراق لا عن قبض رأس المال يكون افتراقا عن دين بدين، وإنه منهي عنه لما روى أن النبي عليه السلام نهي عن بيع بالكالئ الكالئ أي النسيئة بالنسيئة. ويشترط القبض سواء كان رأس المال ديناً أو عيناً عند عامة العلماء استحسانا، والقياس ألا يشترط القبض في المجلس إذا كان عيناً، وهو قول مالك. وجه القياس أن اشتراط القبض للاحتراز عن الافتراق عن دين بدين، وهذا افتراق عن عين بدين وإنه جائز. وجه الاستحسان أن رأس مال السلم يكون ديناً عادة ولا تجعل العين رأس مال السلم إلا نادراً، والنادر حكمه حكم الغالب فيلحق بالدين.

ويتبين مما قدمناه أن السلم، بما أحاطه من قيود، أصبح عقداً خاصاً يتميز عن سائر العقود. وأهم القيود التي تحيط به أربعة: (١) يجب قبض رأس المال، أي الثمن، في مجلس العقد. (٢) يجب أن يكون نوع المبيع موجوداً من وقت العقد إلى وقت حلول الأجل، ولا يجوز أن ينقطع فيما بين هذين الوقتين. وهذا الشرط، في رأينا، يعوض انعدام ذات المبيع وقت العقد ما دام نوعه موجوداً، فكأن السلم يرد لا على معدوم، بل على موجود بالنوع لا بالذات. ويندرج تحت هذا الشرط أن يكون المسلم فيه (المبيع) مما لا يحتمل انقطاعه، ويرجع ذلك في الغالب إلى الخشية من الضرر، فان الشئ الذي ينقطع نوعه لا يخلو التعامل فيه من غرر. فلا يجوز السلم في ثمر نخلة بعينها لم ينعقد ولا في محصول أرض بالذات لم ينبت، بل في الثمر جملة وفي المحصول عامة. وهذا من شأنه أن يجعل السلم غير صالح لاباحة بيع محصول مستقبل لأرض بالذات. (٣) ولا يجوز السلم في العدديات المتفاوتة من الحيوان والجواهر واللآلي والبيطخ والقثاء والرمان والسفرجل ونحو ذلك. (٤) ويجب أن يكون هناك أجل معلوم للسلم عند الحنفية فالسلم الحال غير مرخص فيه لأنه بيع المعدوم في الحال، حتى لو ثبت أن المسلم إليه (البائع) قادر على التسليم. ذلك أن طبيعة السلم تقتضي التأجيل إلى أجل معلوم لأنه بيع المفاليس كما تقول الفقهاء، وهو بيع بأوكس الأثمان، إذ البائع يبيع ما ليس عنده، فيضرب أجلا للتسليم مع أنه يقبض الثمن في الحال، فلزم أن يكون الثمن دون المبيع في القيمة والفرق في مقابلة الأجل[1].

(١) فلو أن السلم في الفقه الإسلامي تحلل من هذه القيود، وأمكن تأجيل دفع الثمن إلى وقت تسلم المبيع، ولم يشترط عدم انقطاع المبيع من وقت حلول الأجل حتى يجوز بيع محصول بالذات، لأمكن القول إن السلم هو الطريق الذي يؤدي إلى جواز بيع المعدوم في الحال في الفقه الإسلامي ما دام أنه محقق الوجود في المآل. وقد سارت المذاهب الأخرى غير المذهب الحنفي، كما رأينا، شوطاً في محو هذه القيود. فعند مالك لا يشترط قبض رأس المال في مجلس العقد إذا كان رأس المال عيناً لا ديناً. ولا يشترط عند مالك والشافعي عدم انقطاع المسلم فيه من وقت العقد إلى وقت حلول الأجل، بل يصح السلم في المعدوم إذا غلب على الظن وجوده وقت الوفاء. =

١١٥ – السلم فى القانون المصرى: ولم يرد نص خاص ببيع السلم فى التقنين المدنى المصرى. وليس التقنين فى حاجة إلى ذلك فقد رأينا أن بيع الشئ المستقبل فيه جائز ما دام محتمل الوجود. فيجوز إذن بيع المحصولات المستقبلة وبيع المكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة والمتفاوتة والمذروعات وغير ذلك، حتى لو لم توجد فى الحال، ما دامت توجد فى المستقبل. والبيع على هذا النحو يخضع للقواعد العامة، فلا يشترط فيه قبض الثمن فى المجلس كما يشترط ذلك فى الفقه الإسلامى، كذلك لا يشترط أن يكون غير منقطع النوع، ولا أن يكون من العدديات المتقاربة، وذلك لأن قواعد القانون المصرى تحتمل من الغرر ما لا تحتمله مبادئ الفقه الإسلامى.

وفى القانون المصرى يوجد بيع مؤجل التسليم vente à livrer, marché à terme ويكثر التعامل به فى البورصة، فى البضائع كالقطن وفى الأوراق ذات القيمة كالأوراق المالية المسعرة. ولكن هذا البيع لا يقابل بيع السلم، فهو بيع مضاربة، أما بيع السلم فقد رأينا أنه بيع المفاليس. ففى الصفقات الآجلة (marché à terme) يغلب أن يكون كل من البائع والمشترى مضاربا على الفرق فى الأسعار، فتنتهى الصفقة لا إلى التسليم عينا بل إلى دفع الفرق، فان ارتفع السعر فى البائع الفرق، وإن نزل فالفرق يدفعه المشترى. ويعقد البيع على هذا الوجه فى بورصة مرخص بها، ويحصل بواسطة سماسرة مقيدة أسماؤهم فى قائمة تحررها لجنة البورصة، ويرد على بضائع أو أوراق ذات قيمة مسعرة[١]. أما بيع السلم فى الفقه الإسلامى، فالمفروض فيه أن شخصاً يكون فى حاجة قبل أن ينتج سلعته فيأخذه من الغير فى مقابل أن يورد له السلعة فى أجل معين. فوظيفة بيع السلم الاقتصادية وهى الحصول على مال عاجل فى مقابل شئ آجل[٢]، غير وظيفة الصفقات الآجلة وهى فى الغالب المضاربة على فروق الأسعار.

١١٦ – السلم فى القانون اللبنانى: وقد أورد تقنين الموجبات والعقود اللبنانى نصوصاً خاصة ببيع السلم، تخطى فيها القيود التى أسلفنا ذكرها فى الفقه الإسلامى، إلا قيد تعجيل الثمن فانه استبقاه، وأضاف إليه أن يكون إثبات عقد السلم بالكتابة ولو لم تزد قيمته على النصاب المقرر للبينة والقرائن.

فتنص المادة ٤٨٧ من تقنين الموجبات والعقود على أن «بيع السلم هو عقد بمقتضاه يسلف أحد الفريقين الآخر مبلغاً معيناً من النقود، فيلزم هذا الفريق مقابل ذلك أن يسلم إليه كمية معينة من المواد الغذائية أو غيرها من الأشياء المنقولة فى موعد يتفق عليه الفريقان. ولا يثبت هذا العقد إلا كتابة». وتنص المادة ٤٨٨ على أنه «يجب دفع الثمن

= ومع ذلك فالقيد لا يزال مستعصياً ، فى مختلف المذاهب، هو شرط تعجيل الثمن إذا كان ديناً، ويضاف إليه أن الأجل يسقط بموت البائع.

(١) أنظر المادة ٧٣ من التقنين التجارى (قديم) – الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٨٤.

(٢) فهو ضرب من بيوع الائتمان، خاصيته أن المبيع لا الثمن هو المؤجل.

كله إلى البائع وقت إنشاء العقد». وإذا لم يعين ميعاد لتسليم المبيع، اتبع العرف فى تحديد هذا الميعاد (م٤٨٩ لبنانى). وإذا لم يبين مكان التسليم، وجب أن يكون مكان العقد (م٤٩١ لبنانى). ويجب أن يكون المبيع معيناً بكميته أو بصفته أو بوزنه أو بكيله كالمواد الغذائية، فان كان مما لا يعد ولا يوزن فيكفى أن يعين بوصفه وصفاً دقيقاً (م٤٩٠ لبنانى).

ثم تنص المادة ٤٩٢ من تقنين الموجبات والعقود على أنه «إذا تعذر على البائع بسبب قوة قاهرة ودون خطأ أو تأخر منه أن يسلم ما وعد به، فللمشترى أن يفسخ العقد ويسترد الثمن الذى أسلفه أو أن ينتظر إلى السنة التالية. وإذا عرض البائع فى السنة التالية الشئ المعقود عليه البيع، وجب على المشترى استلامه، وليس له أن يفسخ العقد. ويسرى هذا الحكم أيضاً إذا كان المشترى قد استلم قسما من المبيع. أما إذا كان الشئ المتعاقد عليه غير موجود، فتطبق أحكام الفقرة الأولى من هذه المادة»..

المطلب الثانى

تعيين المبيع

١١٧ – كيفية تعيين المبيع: قدمنا عند الكلام فى تعيين المحل[١] أن محل الالتزام يجب أن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين(1).

فإذا وقع البيع على شئ معين بالذات، وجب أن يوصف الشئ وصفاً مانعاً من الجهالة الفاحشة. فاذا باع شخص داراً، وجب أن يبين موقعها وأوصافها الأساسية التى تميزها عن الدور الأخرى. وإذا باع أرضاً، وجب تحديد موقعها وبيان مساحتها وتعيين حدودها[٢]. وإذا باع آلة ميكانيكية، وجب أن يعين نوعها وأوصافها المميزة. وقد رأينا فيما قدمناه أن المشترى يجب أن يكون أيضاً عالماً بالمبيع علماً كافياً، ويعتبر العلم كافياً

(١) الوسيط جزء أول فقرة ٢٢٣.

(٢) ومع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بألا ضرورة لذكر حدود الأطيان ما دام للمتعاقدين علم تام بموقع وحدود هذه الأطيان (١٨ فبراير سنة ١٩١٤ الشرائع ١ رقم ٢٧٧ ص١٤٩). وقضت أيضاً بأنه يكفى لتعيين الأرض المبيعة ذكر الناحية والحوض ورقم القطعة دون بيان حدود الأرض (٢٨ فبراير سنة ١٩٢٢ المحاماة ٣ رقم ١/١٢٢ ص٤٨٦).

(I) يدل النص فى المادتين ١/١٣٣ ، ١/٤١٩ مدنى على أنه إذا كان محل الالتزام نقل حق عينى على شئ وجب أن يكون هذا الشئ معينا أو قابلا للتعيين، فإذا وقع العقد على شئ معين بالذات وجب أن تكون ذاتية الشئ معروفة لطرفيه سواء بوصفه فى العقد وصفا مانعا من الجهالة الفاحشة أو بامكانهم استخلاص العناصر الناقصة لتعيين المبيع من النية المشتركة للمتعاقدين وقت ابرام العقد ومن الكيفية التى تم بها تنفيذها له.

(جلسة ١٩٩٢/٦/٣٠ الطعن ١٥١ لسنة ٦١ق)

إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بياناً يمكن من تعرفه (م٤١٩ مدنى).

أما إذا كان المبيع غير معين بالذات، فانه يجب أن يكون معيناً بجنسه ونوعه ومقداره (م١/١٣٣ مدنى)، فيقال مثلا مائة أردب من القمح الهندى من الصنف الجيد. فإذا لم يحدد المقدار، وجب أن يتضمن العقد ما يستطاع به تحديده (م٢/١٣٣ مدنى)، كما إذا تعهد شخص بأن يورد أغذية معينة النوع لمستشفى معين أو لمدرسة معينة، فالمقدار اللازم من هذه الأغذية وإن لم يحدد فى العقد قابل للتحديد وفقاً لحاجة المستشفى أو المدرسة. وقد يقتصر التعيين على بيان الجنس والنوع والمقدار دون أن تذكر درجة الجودة ودون أن يمكن استخلاصها من العرف أو من ظروف التعاقد، ففى هذه الحالة يجب أن يكون الصنف متوسطاً، فلا يكون جيداً حتى لا يغبن البائع، ولا يكون رديئاً حتى لا يغبن المشترى (م٢/١٣٣ مدنى)[1].

ونرى مما تقدم أن تعيين المبيع إذا لم يكن معيناً بالذات يحصل بالتقدير، وقد يكون البيع جزافاً. كذلك قد يكون بيع المقدرات بالعينة. أما الشئ المعين بالذات، فيتعين بوصفه وصفاً يميزه عن غيره تمييزاً مانعاً من الجهالة الفاحشة. ولا يمنع الشئ من أن يكون معيناً أن يكون مجموعا من المال كما فى بيع التركة.

فنبحث على التوالى: (١) البيع بالتقدير والبيع الجزاف. (٢) البيع بالعينة (٣) بيع التركة.

١ – البيع بالتقدير والبيع الجزاف

(vente au poids, au compte ou à la mesure- vente en bloc)

١١٨– كيف يكون البيع بالتقدير: رأينا أن المبيع إذا كان من المثليات، وجب أن يعين وزناً أو كيلاً أو مقاساً أو عدداً. فإذا باع شخص من آخر مائة أقة من السكر فهذا بيع بالتقدير عن طريق الوزن، أو باع ستين أردباً من القمح فهذا بيع بالتقدير عن طريق الكيل،

(١) وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد يشتمل على نص يقرر كيفية تعيين المبيع المعين بالنوع فقط، وهو المادة ٥٥٨ من هذا المشروع، وكانت تجرى على الوجه الآتى: «إذا لم يتعين الشئ المبيع إلا بنوعه، وجب أن يكون هذا الشئ معيناً تعييناً كافياً، عدداً أو وزناً أو كيلا أو مقاساً». ويقابل هذا النص المادة ٣٢٨/٢٦١ من التقنين المدنى السابق، وكانت تجرى على الوجه الآتى: «فإذا كان المبيع معيناً بالنوع فقط، لا يكون البيع معتبراً إلا إذا كان التعيين يطلق على أشياء يقوم أحدها مقام الآخر، وكان المبيع معرفا بالوجه الكافى عدداً أو قياساً أو وزناً أو كيلا بحيث يكون رضاء المتعاقدين المبنى عليه صحيحاً». ولا فرق فى الحكم بين النصين. وقد حذف نص المشروع التمهيدى فى لجنة المراجعة لأن حكمه مستفاد من القواعد العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية٤ ص١٤– ص١٥ فى الهامش).

أو مائتى ذراع من القماش فهذا بيع بالتقدير عن طريق المقاس، أو خمسمائة بيضة فهذا بيع بالتقدير عن طريق العدد.

ونرى من ذلك أن المبيع إذا احتاج فى تعيينه إلى وزن أو كيل أو مقاس أو عدد، كان البيع بالتقدير، لأن المبيع لا يتعين إلا بعد أن يقدر وزناً أو كيلاً أو مقاساً أو عدداً. ويتم التقدير فى المكان والزمان المتفق عليهما، وإذا لم يكن هناك اتفاق اتبع العرف، وإلا ففى مكان تسليم المبيع وفى الوقت الذى يجب فيه التسليم. ويجب أن يكون تقدير المبيع – الوزن أو الكيل أو المقاس أو العد – واقعاً من البائع أو نائبه بمحضر من المشترى أو نائبه[1].

١١٩– كيف يكون البيع الجزاف– نص قانونى: وإذا كان الشئ مما يوزن أو يكال أو يقاس أو يعد، ولكن المبيع لا يحتاج فى تعيينه إلى تقدير بل هو معين بالذات، فالبيع جزاف. فإذا باع شخص من آخر جميع كمية السكر أو القمح أو القماش أو البيض التى توجد فى مخزنه، وعين المخزن تعييناً كافياً، فان البيع لا يكون فى هذه الحالة بالتقدير، بل يكون جزافاً[1].

(١) بودرى وسينيا فقرة ١٥٢– بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٠١– أنسيكلوبيدى داللوز٥ لفظ vente فقرة ٨٥٣ – فقرة ٨٦٠– ويصح تبعاً للعرف أن يكون إثبات إفراز المبيع بوضع علامة على أكياس القطن مثلا. وتكون مصروفات الوزن والكيل والمقاس والعد عادة على البائع (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٠١ ص٣٧٦).

وقد يتم التقدير بغير محضر المشترى أو نائبه، كما إذا تم الوزن بميزان معتمد (القبان) وجرى العرف بذلك، أو سلم المبيع إلى عامل النقل فإن هذا التسليم يستخلص منه اتفاق ضمني بين البائع والمشترى على أن التقدير يتم بتسليم المبيع إلى عامل النقل، وهذا ما لم يشترط المشترى أن التسليم لا يتم إلا بعد وصول البضاعة إليه وتسلمها من عامل النقل. أنظر فى هذه المسألة: أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٤٩ هامش ٤١ ثانياً – بودرى وسينيا فقرة ١٥٢ – بلانيول وريبير وهامل١٠ فقرة ٣٠١– أنسيكلوبيدى داللوز ٥ لفظ vente فقرة ٨٥٧ – فقرة ٨٦٠ – الأستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ١٦٥.

(1) أ– يدل النص فى المادتين ١/١٣٣ ، ٤١٩ مدنى على إنه إذا كان محل الالتزام نقل حق عينى على شئ وجب أن يكون هذا الشئ معينا أو قابلا للتعيين، فاذا وقع العقد على شئ معين بالذات وجب أن تكون ذاتية الشئ معروفة لطرفيه سواء بوصفه فى العقد وصفا مانعا من الجهالة الفاحشة أو بامكانهم استخلاص العناصر الناقصة لتعيين المبيع من النية المشتركة للمتعاقدين وقت ابرام العقد ومن الكيفية التى تم بها تنفيذها.

(جلسة ١٩٩٢/٦/٣٠ الطعن ١٥١ لسنة ٦١ق)

ب– إذا كانت محكمة الموضوع قد استخلصت عن أوراق الدعوى أن الطاعن تعاقد مع المطعون عليها (وزارة المالية) على أن يقوم باستغلال النطرون الجاف بمستنقعات منطقتين رسا مزادهما عليه مقابل ثمن معين وعلى أن يدفع للمطعون عليها علاوة على هذا الثمن اتاوة بواقع كذا جنيها عن كل طن يستخرج زيادة على ١٥٠٠ طن من المنطقة الأولى وألف من المنطقة الثانية، كما استخلصت فى حدود سلطتها الموضوعية أن المطعون عليها لم تتفق مع الطاعن على حد أدنى لكمية النطرون الذى يقوم باستخراجه مقابل الثمن الذى رسا به المزاد عليه وأن مقدار الألف والخمسمائة =

ويكون البيع جزافاً أيضاً حتى لو باع نصف أو ربع المكية الموجودة بالمخزن أو أى جزء شائع فيها، فيكون للمشترى هذا الجزء الشائع من الكمية الموجودة بالمخزن[1].

ويبقى البيع جزافاً كذلك إذا هو باع كل ما فى المخزن أو جزءاً شائعاً منه، ولو كان قد قدر المبيع بمقدار معين، كما إذا باع كل ما فى المخزن من قمح أو نصفه على أنه مائة أردب. فالبيع فى هذه الحالة قد وقع علي كل القمح الموجود فى المخزن أو على نصفه، فهو بيع جزاف[2]، وإذا تبين أن الكل أو النصف ينقص عن مائة أردب أو يزيد فهذه مسألة ضمان سنعرض لها فيما بعد.

وما دام المبيع لا يحتاج فى تعيينه إلى تقدير فالبيع جزاف، حتى لو احتاج الثمن إلى التقدير[3]، فإذا باع شخص كل القمح الذى فى مخزنه بسعر الأردب خمسة جنيهات، فان البيع فى هذه الحالة يكون بيعاً جزافاً، لأن المبيع لا يحتاج فى تعيينه إلى تقدير فهو كل القمح الذى فى المخزن وإن احتاج الثمن إلى تقدير لأنه لم يعين إلاعلى أساس سعر الأردب فوجب لتحديد جملته أن يكال القمح الذى فى المخزن ليعرف مقداره. وهناك رأى يذهب إلى أن البيع فى هذه الحالة يكون بالتقدير، ما دام الثمن يحتاج فى تحديده إلى تقدير ولو كان المبيع لا يحتاج إلى ذلك. ويقول أصحاب هذا الرأى إنه قبل تحديد الثمن لا يتم البيع لانعدام عنصر جوهرى فيه هو الثمن إذا هو لم يتعين، والذى يتم إنما هو عقد غير مسمى وليس بعقد البيع. والصحيح أن الذى تم فى فرضنا هذا هو عقد بيع لا عقد غير مسمى، والثمن غير منعدم ويكفى إذا لم يكن معيناً أن يكون قابلاً للتعيين، وهو هنا

=طن والألف طن لم يردا فى أوراق التعاقد إلا لتحديد الاتاوة التى اشترط على الطاعن دفعها، فهذا العقد موضوعه محصول طبيعى غير متجدد وليس ثمرة أو ريعا للمستنقعات المذكورة لكونه جزءا منها لابد من نفاذه يوما ما وحقيقته - مهما كان قد ورد فيه من الفاظ «المؤجرة» و«الايجار» والمستأجر، أنه عقد بيع للنطرون لا عقد ايجار للمستنقعات، والمبيع بموجبه هو عين معينة هى كل النطرون الموجود بالمستنقعات بلا حاجة إلى وزن وثمنه قد حدد دون توقف على وزن فيما عدا مبلغ الاتاوة، ويبنى على ذلك اعتباره - وفقا للمادة ٢٤٠ من القانون المدنى القديم - بيعا جزافا فهو يقع لازما مهما كان مقدار المبيع أقل مما أمله المشترى.

(جلسة ١٩٥١/١٢/٦ الطعن ١٧ لسنة ١٩ق مجموعة القواعد القانونية لاحكام النقض فى الـ٢٥ عاما قاعدة ١٢٨ ص٣٦٦)

(جلسة ١٩٥٥/٥/١٢ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٥ ص٣٤٨).

(١) بودرى وسينيا فقرة ١٥٣- بلانيول وريبير وهامل١٠ فقرة٢٩٩ ص٣٧٢- ص٣٧٣.

(٢) أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٤٩ هامش ٤٣- بودرى وسينيا فقرة ١٥٣- الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٥٧- الأستاذ جميل الشرقاوى فقرة ٤٩ ص١٢٦.

(٣) استئناف مصر ١٦ أبريل سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٣/٢٢ ص٤٠ - شبين الكوم ٢٢ أبريل سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ١/٣٨٥ ص٧٨٢- استئناف مختلط ٢ ديسمبر سنة ١٩٠٣ م١٦ ص٢٧- ٢٨ فبراير سنة ١٩١٢ م٢٤ ص١٦٦.

قابل للتعيين بتحديد مقدار المبيع[1]. وقد حسم التقنين المدنى الجديد هذا الخلاف، فنصت المادة ٤٢٩ منه على أنه «إذا كان البيع جزافا، انتقلت الملكية إلى المشترى على النحو الذى تنتقل به فى الشئ المعين بالذات، ويكون البيع جزافا ولو كان تحديد الثمن موقوفا على تقدير المبيع»[2].

---

(١) وإذا أخذنا بالرأى الأول فى القانون الفرنسى، فإن تبعة هلاك المبيع قبل تقدير الثمن تكون على البائع ولا تنتقل ملكية المبيع إلى المشترى إلا بعد تقدير الثمن. ومن القائلين بهذا الرأى: ماركاديه م١٥٨٥ - ١٥٨٦ فقرة ١- فقرة ٣- هيك ١٠ فقرة ١٨ - بودرى وسينيا فقرة ١٤٨ - فقرة ١٥٠ - أما إذا أخذ بالرأى الثانى، فقبل تقدير الثمن يتحمل المشترى تبعة الهلاك فى القانون الفرنسى دون القانون المصرى، وتنتقل ملكية المبيع إلى المشترى فى القانونين. ومن القائلين بهذا الرأى: أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٤٩ ص٢٣ وهامش رقم ٤٣ - جيوار ١ فقرة ٣٠- بيدان ١١ فقرة ١٦١- بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢٩٩ ص٣٧٢- كولان وكابيتان٢ ص٥٦٠- الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٥٧- الأستاذان أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ٥٣٣. والقضاء الفرنسى أخذ بعد تردد بالرأى الثانى (أنظر الأحكام فى بلانيول وريبير وهامل ١٠ ص٣٧٢ هامش ٤- أنسيكلوبيدى داللوز ٥ لفظ vente فقرة ٨٤٩ وفقرة ٨٥١).

وهناك رأى فى الفقه الفرنسى يذهب إلى أن المبيع إذا كان جزافا والثمن هو الذى يحتاج إلى تقدير، فملكية المبيع الجزاف تنتقل إلى المشترى بمجرد العقد، ولكن تبعة الهلاك تكون على البائع وفقاً للمادة ١٥٨٥ فرنسى فهل تجعل تبعة الهلاك على البائع فى المبيع بالتقدير ولا تعرض لانتقال الملكية (ديرانتون ١٦ فقرة ٩٢- ديفرجيه١ فقرة ٨٣ وما بعدها- لوران ٢٤ فقرة ١٣٩- كولميه دى سانتير ٧ فقرة ٧ مكررة ثانيا).

(٢) **تاريخ النص**: ورد هذا النص فى المادة ٥٦٩ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى: «١- ينقل البيع من تلقاء نفسه ملكية الشئ المبيع وفقاً للمادة ٢٨٠ إذا كان هذا الشئ معيناً بالذات. أما إذا كان الشئ لم يعين إلا بنوعه، فلا تنتقل الملكية إلا بفرزه وفقاً للمادة ٢٨١. ٢- إذا كان البيع جزافا، انتقلت الملكية إلى المشترى كما تنتقل فى الشئ المعين بالذات. ويكون البيع جزافا حتى لو كان واجبا فى تحديد الثمن أن يقدر المبيع». وفى لجنة المراجعة حذفت الفقرة الأولى لأنها مستفادة من القواعد العامة، وأصبحت المادة رقمها ٤٤٢ فى المشروع النهائى. ووافق مجلس النواب عليها، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٤٤٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية٤ ص٤٤ - ص٤٦).

ويقابل النص فى التقنين المدنى السابق المادة ٣٠٦/٢٤٠، وكانت تجرى على الوجه الآتى: إذا كان البيع جزافاً فيعتبر تاماً ولو لم يحصل وزن ولا عدد ولا كيل ولا مقياس - والمادة ٣٠٧/٢٤١، وكانت تجرى على الوجه الآتى: أما إذا كان البيع ليس جزافاً، بل كان بالوزن أو بالعدد أو بالكيل أو بالمقاس، فلا يعتبر البيع تاماً، بمعنى أن المبيع يبقى فى ضمان البائع إلى أن يوزن أو يكال أو يعد أو يقاس- والمادة ٣٣٨/٢٦٨، وكانت تجرى على الوجه الآتى: لا تنتقل ملكية المبيع المعين نوعه فقط إلا بتسليمه للمشترى. ويلاحظ أن التقنين المدنى السابق وقع فى خطأن: (أولا) قرر أن المبيع المعين بالنوع لا يبقى فى ضمان البائع إلا إلى وقت الفرز، والصحيح أنه يبقى فى ضمان البائع إلى وقت التسليم. (ثانيا) قرر أن المبيع المعين بالنوع لا تنتقل ملكيته إلا بالتسليم، والصحيح أنها تنتقل بالعقد حتى لو تم التسليم، أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية٤ ص٤٦.

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى: فى التقنين المدنى السورى المادة ٣٩٧ وهى مطابقة لنص المادة ٤٢٩ من التقنين المدنى المصرى (وانظر فى القانون المدنى السورى الأستاذ =

ونرى من ذلك أن البائع إذا باع مثلا عشرين أردباً من القمح – سواء من القمح الموجود فى مخزنه أو من أى قمح آخر يصفه وصفاً كافياً – كان البيع بالتقدير، سواء احتاج الثمن إلى تقدير بأن جعل سعر الأردب خمسة جنيهات مثلا، أو قدر جزافاً بأن جعل ثمن العشرين الأردب مائة جنيه جملة واحدة. وإذا باع كل القمح الذى فى مخزنه أو جزءاً شائعاً منه، فان البيع يكون جزافاً، سواء قدر الثمن جزافا بأن جعل مائة جنيه جملة واحدة، أو احتاج إلى تقدير بأن جعل سعر الأردب خمسة جنيهات. فالعبرة فى بيع الجزاف أن يكون المبيع هو الجزاف، سواء قدر الثمن جزافا أو احتاج إلى تقدير(1).

١٢٠ – أهمية التمييز بين بيع التقدير وبيع الجزاف من حيث انتقال الملكية: والتمييز بين بيع التقدير وبيع الجزاف على النحو الذى قدمناه له أهمية كبيرة من حيث انتقال ملكية المبيع إلى المشترى. ففى بيع الجزاف تنتقل ملكية المبيع إلى المشترى بمجرد انعقاد البيع كما فى سائر البيوع(١)(2). أما فى بيع التقدير فلا تنتقل ملكية المبيع بمجرد انعقاد

=مصطفى الزرقا فقرة ٨٥– فقرة ٨٧)– وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٤١٨ وهى مطابقة لنص المادة ٤٢٩ من التقنين المدنى المصرى – وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٥٣١، وتجرى على الوجه الآتى: إذا كان المبيع عيناً معينة بالذات أو كان قد بيع جزافاً، نقل البيع من تلقاء نفسه ملكية المبيع، وأما إذا كان المبيع لم يعين إلا بنوعه، فلا تنتقل الملكية إلا بالإفراز (والحكم واحد فى التقنينين العراقى والمصرى – أنظر فى القانون المدنى العراقى الأستاذ حسن الذنون فقرة ١٣٩ – فقرة ١٤٠– والأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٣٠٩ – فقرة ٣١٦)– وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المواد الآتية: م٣٧٤– يكون البيع: ١. إما جزافاً وهو الذى يكون موضوعه مجمل أشياء مقابل ثمن واحد مع قطع النظر عن العدد والوزن والقياس، إلا إذا كان المراد منها تعيين مجموع الثمن... م ٣٨٩– إن البيع جزافاً يعد تاماً منذ اتفاق المتعاقدين على المبيع والثمن، وإن لم يحصل وزن أو عد أو قياس مما هو لازم لتعيين الثمن عند الاقتضاء – م٣٩٠– إذا كان البيع بالوزن أو بالعد أو بالقياس، فان المبيع يبقى فى ضمان البائع إلى أن يتم الوزن أو العد أو القياس. وانظر أيضاً المادة ٣٩٧. (والأحكام واحدة فى التقنينين اللبنانى والمصرى).

(١) فإذا وقع بيع الجزاف على عقار، كبيع قطعة أرض محددة تؤخذ من مجموع أكبر، فان الملكية لا تنتقل إلا بالتسجيل. وقد يباع العقار بالتقدير، كما فى بيع ألف متر مثلا تفرز من قطعة أرض معينة (استئناف مختلط ٩ فبراير سنة ١٩٠٥ م١٧ ص١١٩)، فلا تنتقل الملكية إلا بعد الإفراز والتسجيل.

(1) التمييز بين البيع الجزافى والبيع بالتقدير فأمر يتعلق بتحديد الوقت الذى تنتقل فيه ملكية المبيع للمشترى من كل منهما وتعيين ما إذا كان البائع أو المشترى هو الذى يتحمل تبعة هلاك المبيع قبل التسليم، وإذا أقام الحكم المطعون فيه قضاءه باحقية المشترى فى أخذ الزيادة التى ظهرت بالمبيع بلا مقابل عملا بالمادة ٤٣٣ مدنى على مجرد اعتباره البيع جزافا مع أنه ليس من مؤدى ذلك حتما اعمال حكم هذه المادة ومناطه أن يتفق على ثمن المبيع جملة لا بحساب سعر الوحدة فان الحكم يكون قاصر البيان.

(جلسة ١٩٦٣/٣/٢٨ مجموعة أحكام النقض السنة ١٤ ص٤١٨)

(2) متى كان المبيع جزافا فان الملكية فيه تنتقل إلى المشترى بمجرد تمام العقد طبقاً للمواد ٤٢٩، =

البيع، ولكن تنتقل بافراز المبيع وزنا أو كيلا أو مقاساً أو عدا على الوجه الذى قدمناه فالإفراز لا البيع هو الذى ينقل الملكية، لأن الملكية لا يتصور انتقالها إلا فى شئ معين بالذات، ولا يتعين المبيع بالذات فى بيع التقدير إلا بالإفراز. ولما كان الإفراز يتم عادة وقت التسليم، فان العمليتين – الإفراز والتسليم – تختلطان إحداهما بالأخرى، ويبدو أن الذى ينقل الملكية هو التسليم. لكن إذا تأخر التسليم عن الإفراز، فان الملكية تنتقل بمجرد تمام الإفراز وقبل أن يتم التسليم(١).

ويستخلص مما تقدم أنه إذا باع شخص القمح الذى فى مخزنه، سواء بسعر إجمالى أو بسعر الوحدة ففى هذا البيع الجزاف تنتقل ملكية القمح الموجودة فى المخزن إلى المشترى بمجرد انعقاد المبيع(٢). أما إذا باع عشرين أردبا من القمح الموجود بمخزنه أو الموصوف بأوصاف مميزة، سواء باعها بسعر إجمالى أو بسعر الوحدة، فان ملكية العشرين الأردب لا تنتقل إلى المشترى إلا عند إفراز هذا المقدار وإعداده للتسليم، سواء سلم للمشترى أو لم يسلم(٣).

ويترتب على أن الملكية تنتقل بمجرد انعقاد البيع فى بيع الجزاف أن ثمرات المبيع وما يطرأ عليه من زيادة – كبيع قطيع من الغنم أو مساحة معينة من أرض تنتج محصولا – من وقت انعقاد البيع تكون للمشترى، إذ أن هذه الزيادة طرأت على ملكه. أما فى بيع التقدير فلا تكون الزيادة للمشترى إلا بعد الإفراز، إذ هو لا يملك المبيع قبل ذلك(٤).

= ٣٠٤، ٩٣٣ من القانون المدنى ولو كان تحديد الثمن موقوفا على تقدير المبيع كما يتم تسليم المبيع فيه طبقا للمادة ٤٣٥ بوضعه تحت تصرف المشترى بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ولو لم يتول عملية استيلاء ماديا ما دام البائع قد أعلمه بذلك.

(جلسة ١٩٦٨/٣/٢٨ مجموعة أحكام النقض السنة ١٩ ص٦٢٢)

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص١٥ فى الهامش.

(٢) فاذا باع شخص محصول أرضه جزافاً مرتين متعاقبتين لشخصين مختلفين، فالبيع الأول هو الذى ينقل الملكية، ويقدم على البيع الثانى (استئناف مختلط ١٨ فبراير سنة ١٩١٤ م٢٦ ص٢٣٠).

(٣) فإذا باع شخص محصول أرضه بالتقدير لا جزافاً، وبعد جني القطن ولكن قبل أن يوزن ليسلم للمشترى حجز عليه أحد دائنى البائع، فالحجز يقع صحيحاً، لأن ملكية القطن لم تكن وقت توقيع الحجز قد انتقلت إلى المشترى (استئناف وطنى ٣٠ يناير سنة ١٩١٧ الشرائع ٤ رقم ١٤٢ ص٤٨٦).

(٤) ويترتب أيضاً على أن البيع هو بيع بالتقدير أن المشترى إذا استولى على المبيع خفية بنية الاستيلاء عليه قبل التقدير يكون مرتكباً لجريمة السرقة، وإذا أفلس البائع قبل التقدير دخل المبيع فى التفليسة وإذا نزعت ملكية المبيع قبل التقدير للمنفعة العامة كان التعويض من حق البائع لا من حق المشترى (بلانيول وريبير وهامل ١٠ ص٣٧٣ هامش رقم ٤– الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٨٦ – الأستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ١٦٥). ويعتبر الاشتراك فى المياه والغاز والنور وما إلى ذلك بيع جزاف لا بيع تقدير، لأن الذى يحتاج إلى تقدير هو الثمن لا المبيع. ويترتب على ذلك أن المشترى =

١٢١ – أهمية التمييز بين بيع التقدير وبيع الجزاف من حيث تحمل تبعة الهلاك: وهناك وجه آخر لأهمية التمييز بين بيع التقدير وبيع الجزاف، ذلك هو تعيين من يتحمل تبعة هلاك المبيع قبل التسليم. ولما كان القانون الفرنسى ينقل تبعة هلاك المبيع إلى المشترى بمجرد انتقال الملكية إليه ولو قبل التسليم، فان تبعة هلاك المبيع فى بيع التقدير لا يتحملها المشترى إلا بعد إفراز المبيع أى بعد انتقال الملكية. فلو أن شخصاً باع عشرين أردبا من القمح الذى فى مخزنه، ثم احترق المخزن بالقمح كله قبل إفراز البيع، فان العشرين الأردب الداخلة فى القمح المحترق تهلك على البائع لا على المشترى لأنها لم تكن قد فرزت، ويتحلل المشترى من دفع الثمن[1]. أما إذا باع صاحب المخزن جميع القمح الذى فى مخزنه جزافا، ثم احترق القمح قبل التسليم، فانه يهلك على المشترى لا على البائع، إذ انتقلت تبعة الهلاك إليه بانتقال الملكية، فيبقى ملتزما بدفع الثمن للبائع[2].

أما فى مصر فسنرى أن تبعة هلاك المبيع قبل التسليم تكون على البائع لا على المشترى، حتى لو انتقلت الملكية إلى المشترى. فهلاك الشئ قبل التسليم، سواء فى بيع الجزاف أو فى بيع التقدير قبل الإفراز أو بعده، يكون فى القانون المصرى على البائع، فلا أهمية إذن للتمييز بين بيع التقدير وبيع الجزاف من هذا الوجه. لكن الأهمية تظهر فيما إذا أعذر البائع المشترى لتسليم المبيع، فان تبعة الهلاك بعد الإعذار تكون، حتى فى القانون المصرى، على المشترى لا على البائع. لو باع شخص كل القمح الذى فى مخزنه جزافا، وأعذر المشترى ليتسلم هذا القمح، ثم احترق القمح قبل أن يتسلمه المشترى، فالهلاك على المشترى لا على البائع. ولو باع شخص عشرين أردباً من القمح الذى فى مخزنه، ثم أعذر البائع المشترى ليحضر الإفراز فلم يفعل، ثم احترق المخزن بما فيه من القمح قبل أن يتم الإفراز، فان تبعة الهلاك فى بيع التقدير هذا تكون على البائع لا على المشترى، لأن المبيع لم يتعين بالإفراز فيهلك على البائع.

١٢٢ – لا فرق بين بيع التقدير وبيع الجزاف من حيث انشاء الالتزامات الشخصية: وفيما عدا انتقال الملكية وتحمل تبعة الهلاك، لا يوجد فرق بين بيع التقدير وبيع الجزاف

=يملك المياه والغاز والنور بمجرد التوريد ولا يتوقف ذلك على تقدير الكمية الموردة عن طريق العداد (انسكلوبيدى داللوز ٥ لفظ vente فقرة ٨٥١).

(١) وهذا بخلاف ما إذا باع عشرين أردباً وصفها بأوصاف مميزة ولم يقل إنها من القمح الموجود بالمخزن، فإذا احترق المخزن بقى البائع ملتزماً بتسليم المشترى عشرين أردباً من القمح بالأوصاف المتفق عليها، ولا يعد احتراق القمح فى المخزن هلاكا للمبيع (بودرى وسينيا فقرة ١٤٩ ص١٥٠).

(٢) هيك ١٠ فقرة ١٦– بودرى وسينيا فقرة ١٤٩– وتبقى الصعوبة العملية فى تقدير الثمن، وقد يكون متوقفاً على تقدير القمح وقد استحال لاحتراقه. وعلى البائع عبء إثبات مقدار القمح الذى احترق ليثبت مقدار الثمن المستحق فى ذمة المشترى (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٠٠ ص٣٧٤).

من حيث أن كلا منهما ينشئ التزامات شخصية فى جانب كل من المتبايعين. فبيع التقدير حتى قبل إفراز المبيع، وبيع الجزاف حتى قبل تحديد الثمن إذا كان لا يتحدد إلا بالتقدير، كلاهما عقد بيع تام، وليس عقدا غير مسمى. فينشئ عقد البيع هذا جميع الالتزامات التى ينشئها البيع، ولا فرق بين بيع التقدير وبيع الجزاف فى ذلك، ولا بين البيعين وبيع العين المعينة بالذات.

ففى بيع التقدير، كما فى بيع الجزاف، يلتزم البائع بنقل ملكية المبيع وبتسليمه وبضمان الاستحقاق والعيوب الخفية، ويلتزم المشترى بدفع الثمن والمصروفات وبحضور إفراز المبيع وتسلمه. فلو أن شخصاً باع من آخر عشرين أردبا من القمح، كان للمشترى إجبار البائع على تسليم هذا المقدار، أو الحصول على مثله على نفقة البائع بعد استئذان القاضى أو دون استئذانه فى حالة الاستعجال (م٢٠٥ مدنى). وكان للبائع إجبار المشترى على تسلم المبيع ودفع الثمن. وكان لكل من المتبايعين طلب تعويض من الآخر عما قد يحدث له من ضرر بسبب عدم تنفيذ هذه الالتزامات، وكان لكل منهما أن يطلب فسخ البيع إذا تحقق سبب الفسخ[1].

٢ – البيع بالعينة

(vente par échantillon)

١٢٣ – النصوص القانونية: تنص المادة ٤٢٠ من التقنين المدنى على ما يأتى:

«١– إذا كان البيع بالعينة، وجب أن يكون المبيع مطابقاً لها».

«٢– وإذا تلفت العينة أو هلكت فى يد أحد المتعاقدين ولو دون خطأ، كان على المتعاقد بائعاً كان أو مشترياً أن يثبت أن الشئ مطابق للعينة أو غير مطابق»[2].

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق، ولكنه متفق مع القواعد العامة.

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى: فى التقنين المدنى السورى المادة

(١) بودرى وسينيا فقرة ١٥١– بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٠٠ ص٣٧٤– ويعقد جوسران موازنة بين بيع المذاق وبيع التجربة وبيع التقدير. فبيع المذاق مجرد وعد بالبيع، ينقلب بيعاً بارتضاء المبيع بعد المذاق. وبيع التجربة بيع معلق على شرط واقف أو شرط فاسخ، ينقلب بيعاً باتاً بارتضاء المبيع بعد التجربة. وبيع التقدير بيع بات، ولكن تنفيذه مرجأ إلى وقت تقدير المبيع (جوسران٢ فقرة ١٠٦٦).

(٢) **تاريخ النص:** ورد هذا النص فى المادة ٥٦٠ من المشروع التمهيدى على وجه قريب مما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد، ببعض فروق لفظية. وقد أزيلت بعض هذه الفروق فى لجنة المراجعة، وأصبح النص رقمه ٤٣٣ فى المشروع النهائى. ووافق عليه مجلس النواب، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٤٢٠ بعد إزالة بقية الفروق اللفظية (مجموعة الأعمال التحضيرية٤ ص٢١ وص٢٣ – ص٢٤).

٣٨٨- وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٤٠٩- وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٥١٨- وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٤٤٤[(١)].

١٢٤- العينة طريق لتعيين المبيع: قد يختار المتبايعان طريقاً دقيقاً لتعيين المبيع، فيتقدم أحدهما – ويكون غالباً هو البائع – بعينة يجب أن يكون المبيع مطابقاً لها. فيعطى بائع القماش مثلا للمشترى عينة من القماش الذى يبيعه إياه تكون عادة قصاصة من هذا القماش، أو يعطى بائع القطن أو القمح أو الورق أو نحو ذلك عينة مما يبيعه يحتفظ بها المشترى حتى يضاهى عليها ما يتسلمه من البائع من قطن أو قمح أو ورق أو غير ذلك[(٢)](1).

والعينة تغنى عن تعيين المبيع بأوصافه[(٣)] فهى المبيع مصغرا، وبمضاهاة المبيع على العينة يتبين إن كان البائع قد نفذ التزامه تنفيذاً سليما فيما يتعلق بجنس المبيع ونوعه وجودته وغير ذلك من الأوصاف التى يتميز بها. وهى فى الوقت ذاته تغنى عن رؤية المبيع،

(١) **التقنينات المدنية العربية الأخرى: التقنين المدنى السورى** م٣٨٨ (مطابقة للمادة ٤٢٠ من التقنين المدنى المصرى – وانظر فى القانون المدنى السورى الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٤٦– فقرة ٥٤).

التقنين المدنى الليبى م٤٠٩ (مطابقة للمادة ٤٢٠ من التقنين المدنى المصرى).

التقنين المدنى العراقى م٥١٨: ١– الأشياء التى تباع على مقتضى نموذجها، تكفى رؤية النموذج فيها. فإن ثبت أن المبيع دون النموذج الذى اشترى على مقتضاه، كان المشترى مخيراً بين قبوله بالثمن المسمى أو رده بفسخ البيع. ٢– فإذا تعيب النموذج أو هلك فى يد أحد المتعاقدين، ولو دون خطأ منه، كان على هذا المتعاقد بحسب ما يكون بائعاً أو مشترياً أن يثبت أن الأشياء مطابقة للنموذج أو غير مطابقة له.

(والأحكام واحدة فى التقنين العراقى والمصرى، فيما عدا أن جزاء عدم المطابقة للنموذج فى القانون العراقى الفسخ أو الأخذ بالثمن المسمى، أما فى القانون المصرى فالفسخ أو إنقاص الثمن أو إجبار البائع على تقديم شئ مطابق للعينة – أنظر فى القانون المدنى العراقى الأستاذ حسن الذنون فقرة ٧٧– ٨٠– الأستاذ عباس حسن الصراف ص٢١٢).

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى: م٤٤٤– إذا انعقد البيع بحسب نموذج فالبائع يضمن وجود صفات النموذج فى البضاعة المبيعة. وإذا هلك أو ناله عيب، فعلى المشترى أن يثبت عدم انطباق البضاعة عليه. (والحكم يتفق مع حكم التقنين المصرى، فيما عدا أن عبء إثبات عدم المطابقة للنموذج فى حالة هلاكه تقع دائماً، فى التقنين اللبنانى، على المشترى ولو كان النموذج فى يد البائع وضاع أو تلف، وفى التقنين المصرى يكون عبء إثبات المطابقة فى هذه الحالة على البائع).

(٢) أنظر البيع بالنموذج فى الفقه الإسلامى ابن عابدين٤ ص١٠١– الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٥٢.

(٣) نقض مدنى ٩ ديسمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٤٩ ص٦٧٩.

(1) تفهم نية المتعاقدين لمعرفة ان كانت قد اتجهت إلى البيع بالعينة أم إلى البيع بحسب المواصفات الواردة فى التعهد هو من مسائل الواقع التى يستقل بها قاضى الموضوع متى أقام قضاءه فيها على استخلاص سليم.

(جلسة ١٩٥٢/١٠/١٦ مجموعة أحكام النقض ١ لسنة ١٧ ص٣٤٦).

إذ أن المشترى برؤيته للعينة يكون فى حكم من رأى المبيع. وقد جاء النص الخاص بالعينة (م٤٢٠ مدنى) تالياً للنص الخاص برؤية المبيع أو العلم به (٤١٩ مدنى). وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى خصوص نص المادة ٤٢٠ مدنى: «هذا النص جديد لا نظير له فى التقنين الحالى (السابق)، وهو يعالج حالة يكون البيع فيها على أساس نموذج يتفق عليه المتعاقدان، فوجب أن يكون المبيع كله مطابقاً لهذا النموذج. وقد يحدث أن المشترى لا يكون قد سبق له رؤية المبيع واكتفى برؤية النموذج، وهذا ما يجعل للمسألة اتصالا بخيار الرؤية، وهو موضع النص السابق»[(١)].

والمشترى هو الذى يحتفظ بالعينة عادة، ولكن لا يوجد ما يمنع من الاتفاق على أن يحتفظ بها البائع(1).

١٢٥- وجوب مطابقة المبيع للعينة: ويجب أن يجئ المبيع مطابقاً للعينة مطابقة تامة(2)، وللمشترى أن يرفض المبيع أو أى جزء منه لا يكون مطابقاً لها[(٢)]، حتى لو أثبت البائع أن المبيع أعلى صنفاً أو أجود من العينة ذاتها، فقد تم الاتفاق على أن يكون المبيع مطابقاً للعينة فليس للبائع أن يقدم شيئاً يخالفها ولو كان أفضل[(٣)](3).

كذلك متى جاء المبيع مطابقاً للعينة لا يستطيع المشترى رفضه، ولو وجده غير ملائم لحاجته[(٤)]. بل ليس للمشترى، فى الأشياء التى تجرب عادة أو تذاق، أن يرد المبيع المطابق

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية٤ ص٢٢.

(٢) استئناف مختلط ٢٣ يونيه سنة ١٩٢٧ م٣٩ ص٥٧١.

(٣) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٠٥.

(٤) نقض مدنى ١٩ أبريل سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض٢ رقم ١١٦ ص٧٣٠ – استئناف مختلط ٢١ ديسمبر سنة ١٩٠٤ م١٧ ص٤٤.

(1) التعاقد بالعينة لا يؤثر فى صحة انعقاده عدم توقيع الملتزم على العينة وإجازة أن يكن ذلك مثار خلاف عند تنفيذ العقد، ولا رقابة لمحكمة النقض على محكمة الموضوع فيما تقرره من أن العقد تم على عينه معينة وأن العقد قد عاينها.

(جلسة ١٩٤٧/٥/١٥ مجموعة أحكام النقض السنة ١٥ ص٣٤٦)

(2) البائع لا تبرأ ذمته إلا إذا قدم بضاعة تطابق العينة التى جرى التعاقد عليها فمن الخطأ القول بأنه إذا امتنع البائع أن يحصل على بضاعته من العينة المتعاقد عليها كان عليه أن يورد ما يستطيع الحصول عليه، فان كان دون العينة جودة أو نقاوة التزم بفرق الثمن لمصلحة المشترى.

(جلسة ١٩٤٨/١٢/٦ مجموعة أحكام النقض السنة ١٦ ص٣٤٦)

(3) إذا كان البيع بالعينة وجب أن يكون مطابقا لها، ومؤدى ذلك أن يقع على عاتق البائع الالتزام بتسليم الشئ مطابق للعينة المتفق عليها، فإذا لم يف بهذا الالتزام لم يكن له أن يطالب المشترى بأداء المقابل وهو الثمن.

(جلسة ١٩٥٩/١٠/١٥ مجموعة أحكام النقض السنة ١٠ ص٥٦٧)

العينة، ولو وجده بعد التجربة غير صالح أو بعد المذاق غير ملائم، فما دام المبيع مطابقاً للعينة وجب على المشترى قبوله(١). ولكن ذلك لا يمنع من رجوع المشترى على البائع بضمان العيوب الخفية فى المبيع(٢).

وإذا وقع نزاع، مع وجود العينة، فيما إذا كان المبيع مطابقاً لها أو غير مطابق، فان البائع هو الذى يحمل عبء إثبات أن المبيع مطابق للعينة(٣)(1). ويجوز الالتجاء إلى الخبراء فى ذلك، ولكن رأى الخبير غير ملزم للقاضى(٤).

١٢٦ – جزاء عدم مطابقة المبيع للعينة: قدمنا أن المبيع إذا لم يجئ مطابقاً للعينة، لم يجبر المشترى على قبوله. وينفتح أمامه، جزاء على عدم المطابقة، أبواب ثلاثة:

أولا– يستطيع أن يطالب بالتنفيذ العينى، فيجبر البائع على تسليمه شيئا آخر يكون مطابقا للعينة(٥). بل يستطيع المشترى أن يحصل على شئ مطابق للعينة على نفقة البائع بعد استئذان القاضى، أو دون استئذانه فى حالة الاستعجال (م٢٠٥ مدنى).

---

(١) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٠٥.

(٢) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٠٥ ص٣٨٠.

(٣) الأستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ١٠٨ ص١٦٢– ومع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن المشترى إذا احتفظ بالعينة يكون هو المكلف باثبات عدم مطابقة المبيع للعينة (١٢ أبريل سنة ١٩٣٣ م٤٥ ص٢٣٥). وقد فرقت محكمة الاستئناف المختلطة بين البيع على مقتضى عينة (vente sur echantillon) والبيع على أساس نموذج (vente sur type). ففى البيع الأول يجب أن يجئ المبيع مطابقاً كل المطابقة للعينة، أما فى البيع الثانى فيكفى أن يشتمل المبيع على العناصر الأساسية التى يقوم عليها النموذج حتى لو وجدت فروق بسيطة بين المبيع والنموذج ما دام المبيع صالحاً للغرض المخصص له (استئناف مختلط ٣ فبراير سنة ١٩٠٩ م٢١ ص١٥٣). وانظر الأستاذ أنور سلطان ص٥٥ هامش رقم ١.

(٤) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٠٥ ص٣٨٠.

هذا وليس المشترى ملزماً بمجرد تسلم البيع أن يضاهيه على العينة وأن يخطر البائع بعدم مطابقته لها فى ظرف ثمان وأربعين ساعة من وقت تسلم البيع، فان هذا الالتزام إنما يقوم فيما بين متسلم البضاعة وأمين النقل والوكيل بالعمولة وفقاً لأحكام المادة ٩٩ من التقنين التجارى، وتقابل المادة ١٠٥ من التجارى الفرنسى (كولان وكابيتان ٢ فقرة ٨٩١ ص٥٩٦).

(٥) ذلك أننا نعتبر العينة طريقاً من طرق تعيين المبيع كما سبق القول، فالبيع بالعينة بيع بات (أنظر الأستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ١٠٨)، وليست مطابقة المبيع للعينة شرطاً واقفاً أو شرطاً فاسخاً يعلق عليه البيع حتى يقال إنه إذا لم تتحقق هذه المطابقة سقط البيع أو انفسخ أنظر مع ذلك فى أن البيع بالعينة بيع معلق على شرط فاسخ الأستاذ جميل الشرقاوى فقرة ٢٨ ص٦٢–ص٦٣ أو بيع معلق على شرط واقف محكمة الاسكندرية الوطنية ١٨ نوفمبر سنة ١٩٤٢ المجموعة الرسمية٤٣ رقم ٢٢٤.

(1) إذا كانت محكمة الموضوع قد قامت بفحص العينة وأجرت مقارنة بينها وبين البضاعة المبيعة فأسفر بحثها عن مطابقة البضاعة للعينة فى خصائصها التى رأت أن المتعاقدين قصداها، فليس فى استظهارها فى هذا المقام وجود اختلاف طفيف بين العينة والبضاعة ما ينفى المطابقة طالما أنها قد انتهت بما =

ثانياً– ويستطيع، بدلا من المطالبة بالتنفيذ العينى، أن يطلب فسخ البيع لعدم قيام البائع بتنفيذ التزامه من تقديم شئ مطابق للعينة(١). ويجوز فوق ذلك أن يطلب المشترى من البائع تعويضاً عما أصابه من ضرر بسبب عدم تنفيذ البائع لالتزامه، وذلك وفقا للقواعد العامة.

ثالثاً– ويستطيع، بدلا من المطالبة بالتنفيذ العينى أو المطالبة بالفسخ، أن يقبل المبيع غير المطابق للعينة ويطلب إنقاص الثمن إذا كانت قيمة المبيع أقل من قيمة الشئ المطابق للعينة(٢).

١٢٧ – اثبات العينة: وقد يحتاج أحد المتبايعين إلى إثبات العينة إذا نازع فيها المتبايع الآخر، وتعرض مسألة الإثبات فى فرضين:

(الفرض الأول) أن يكون المطلوب إثباته هو ذاتية العينة، فهى فى يد المشترى أو فى يد البائع، والطرف الآخر ينكر أنها هى ذاتها العينة المتفق عليها. وفى هذه الحالة يجب تطبيق القواعد العامة، وهذه تقضى بأن من كانت فى يده العينة يكون هو المدعى عليه والآخر هو المدعى. فعلى هذا الآخر يقع عبء إثبات أن الشئ الذى فى يد الأول ليس هو ذات العينة المتفق عليها(٣)، وهذا ما لم تكن هناك علامة متفق عليها بين

=لها من سلطة التقدير فى هذا الصدد إلى عدم الاعتداد بهذه الفروق باعتبارها فروقا لا يؤبه بها ولا يؤثر وجودها على اعتبار البضاعة مطابقة للعينة.

(جلسة ١٩٥٩/١١/١٢ مجموعة أحكام النقض السنة ١٠ ص٦٥٩).

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى: «والبائع على كل حال مسئول عن مطابقة المبيع للنموذج. فان اختلت هذه المطابقة، جاز للمشترى أن يرفض تسلم المبيع، وله أن يفسخ البيع لعدم قيام البائع بالتزامه. وتتفق التقنينات الأجنبية فى هذا الحكم: أنظر التقنين اللبنانى م٤٤٤، والتقنين الألمانى م٤٩٤، والتقنين البولونى م٣٢١، والتقنين البرازيلى م١١٣٥، والتقنين الصينى م٣٨٨، والتقنين السوفيتى م٢٠١» (مجموعة الأعمال التحضيرية٤ ص٢٢).

(٢) استئناف مختلط ١٤ يونيه سنة ١٩٤٤ م٤٦ ص١٨٨– بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٠٦ – ولكن المشترى، وإن جاز له اختياراً قبول المبيع مع إنقاص الثمن، لا يمكن إجباره على هذا القبول. وقد قضت محكمة النقض بأن البائع لا تبرأ ذمته إلا إذا قدم بضاعة تطابق العينة التى جرى التعاقد عليها، فمن الخطأ القول بأنه إذا امتنع على البائع أن يحصل على بضاعة من العينة المتعاقد عليها كان عليه أن يورد ما يستطيع الحصول عليه فإن كان دون العينة جودة أو تفاوة التزم بفروق الثمن لمصلحة المشترى (نقض مدنى ٩ ديسمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٤٩ ص٦٧٩). ومع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا كان الفرق بين المبيع والعينة طفيفاً ولا يؤثر فى جودة المبيع أو فى صلاحيته، لم يكن هناك وجه إلا لتنقيص الثمن (استئناف مختلط أول مارس سنة ١٩٣٣ م٤٥ ص١٨٦– أنظر أيضاً الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٣٠ ص٤٨ – الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٢٦).

(٣) الأستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ١٠٩ ص١٦٣.

الطرفين وقد وضعت على العينة، فوجود هذه العلامة يكفي لإثبات ذاتية العينة[1].

(والفرض الثاني) أن تكون العينة قد فقدها من كانت بيده أو تلفت أو هلكت، ولو دون خطأ من أحد. فان كان ذلك وهي في يد المشترى، كما هو الغالب، وادعى هذا أن المبيع غير مطابق للعينة، فعليه هو أن يثبت ذلك فان البائع لا يد له في ضياع العينة، فهو على دعواه من أن المبيع مطابق لها، حتى يثبت المشترى العكس. وإن كانت العينة في يد البائع، وادعى المشترى أن المبيع غير مطابق لها، فعلى البائع أن يثبت المطابقة. ويكون الإثبات من الطرفين بجميع الطرق، بما في ذلك البينة والقرائن[2].

٣- بيع التركة

(vente d'hérédité)

١٢٨- النصوص القانونية: تنص المادة ٤٧٣ من التقنين المدني على ما يأتي:

«من باع تركة دون أن يفصل مشتملاتها لا يضمن إلا ثبوت وراثته، ما لم يتفق على غير ذلك».

وتنص المادة ٤٧٤ على ما يأتي:

«إذا بيعت تركة، فلا يسرى البيع في حق الغير إلا إذا استوفى المشترى الإجراءات الواجبة لنقل كل حق اشتملت عليه التركة. فإذا نص القانون على إجراءات لنقل الحق فيما بين المتعاقدين، وجب أيضاً أن تستوفى هذه الإجراءات».

---

(١) وقد أخذ تقنين الالتزامات السويسرى بمبدأ أن من يؤتمن على العينة يصدق بقوله، وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد: «ويعنى التقنين السويسرى (م٢٢٢) بتحديد من يكلف باثبات ذاتية النموذج، وعنده أن من يؤتمن على النموذج مصدق بقوله، سواء أكان البائع أم المشترى، وعلى الطرف الآخر أن يثبت العكس. وقد آثر المشروع ترك هذه المسألة خاضعة للقواعد العامة في الاثبات (مجموعة الأعمال التحضيرية٤ ص٢٣).

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص٢٢- وقد يهلك المبيع - لا العينة - بسبب أجنبى وهو في يد المشترى، فعلى المشترى إثبات أن هلاك المبيع كان بسبب أجنبى وأن المبيع غير مطابق للعينة، وعند ذلك لا يكون البيع قد انعقد، ويكون الهلاك على البائع (استئناف مختلط ١٠ يناير سنة ١٩٠٦ م١٨ ص٩٢).

وقد رأينا أن تقنين الموجبات والعقود اللبنانى (م٤٤٤) يجعل عبء الإثبات على المشترى دائماً، دون تمييز بين ما إذا كان النموذج قد هلك في يد المشترى أو في يد البائع (انظر آنفاً ص١٢٣ في الهامش).

وتنص المادة ٤٧٥ على ما يأتي:

«إذا كان البائع قد استوفى بعض ما للتركة من الديون، أو باع شيئاً مما اشتملت عليه، وجب أن يرد للمشترى ما استولى عليه، ما لم يكن عند البيع قد اشترط صراحة عدم الرد».

وتنص المادة ٤٧٦ على ما يأتي:

«يرد المشترى للبائع ما وفاه هذا من ديون التركة، ويحسب للبائع كل ما يكون دائناً به للتركة، ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك»[1].

وتقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق المادة ٣٥٠/٤٣٨[2].

وتقابل هذه التقنينات المدنية العربية الأخرى: في التقنين المدني السورى المواد ٤٤١- ٤٤٤- وفي التقنين المدني الليبي المواد ٤٦٢- ٤٦٥ - ولا مقابل لها في التقنين المدني العراقي ولا في تقنين الموجبات والعقود اللبناني[3].

---

(١) **تاريخ النصوص:**

م٤٧٣: ورد هذا النص في المادة ٦٣٩ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد. وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٥٠٠ في المشروع النهائي. ثم أقره مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٧٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية٤ ص٤٠٧).

م٤٧٤: ورد هذا النص في المادة ٦٤٠ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد. وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٥٠١ في المشروع النهائي. ثم أقره مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٧٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية٤ ص٢٠٩- ص٢١٠).

م٤٧٥: ورد هذا النص في المادة ٦٤١ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق مع ما استقر عليه في التقنين المدني الجديد، مع العبارة الآتية في المشروع التمهيدى: «إذا كان البائع قد قبض غلة بعض أعيان التركة». وقد حذفت هذه العبارة في لجنة المراجعة، لا لنسخ حكمها، بل اعتبر الحذف تعديلا لفظياً، وأصبحت المادة رقمها ٥٠٢ في المشروع النهائي. ووافق عليها مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٧٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية٤ ص٢١١- ص٢١٢).

م٤٧٦: ورد هذا النص في المادة ٦٤٢ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق مع ما استقر عليه في التقنين المدني الجديد، فيما عدا أن المشروع ورد فيه: «يرد المشترى للبائع.. كل ما يكون دائناً به للتركة فعدلت هذه العبارة في لجنة المراجعة إلى العبارة الآتية «ويحسب للبائع كل ما يكون دائنا به للتركة»، وهي أكثر دقة، فإن البائع إنما يرجع بدينه على التركة ولا يسترده من المشترى. وأصبحت المادة رقمها ٥٠٣ في المشروع النهائي. ووافق عليها مجلس النواب: فمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٧٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية٤ ص٢١٢- ص٢١٤).

(٢) **التقنين المدني السابق م٣٥٠/٤٣٨:** يدخل في بيع استحقاق التركة ما لها من الديون والفوائد المقبوضة والمصاريف والديون المدفوعة من وقت افتتاح التركة، ما لم يكن هناك شرط يخالف ذلك.
(وأحكام التقنينين السابق والجديد واحدة).

(٣) **التقنينات المدنية العربية الأخرى: التقنين المدني السورى** م٤٤١- ٤٤٤ (مطابقة للمواد ٤٧٣- =

١٢٩- **صور مختلفة لبيع التركة:** ليس المقصود من بيع التركة أن يبيع شخص مجرد حق احتمالى فى التركة، بل يجب فى القليل أن يبيع حصة فى التركة موجودة ولا يستطيع ذلك إلا إذا ضمن للمشترى أنه وارث. فإذا ضمن صفته هذه، فهو يبيع حصة فى مجموع من المال، بعد أن تستنزل منه ديون التركة فان الوارث لا تنتقل إليه هذه الديون. وهو فى الوقت ذاته يبيع تركة مفتوحة لا تركة مستقبلة، فقد رأينا أن التعامل فى التركات المستقبلة باطل. ومن ثم وجب أن نستبعد من بحثنا هذا صوراً ثلاثا: (١) بيع حق احتمالى فى تركة دون ضمان صفة الوارث. (٢) بيع تركة مستقبلة. (٣) بيع عين بالذات من أعيان التركة، فهذا غير بيع التركة التى هى مجموع من المال لا أعيان معينة بالذات ولو استغرقت كل التركة[١]، وسنبحث فى مكان آخر بيع الوارث لعين من أعيان التركة قبل سداد الديون.

ويبقى بعد ذلك أن نبحث الصورتين الآتيتين: (١) بيع الوارث حصة فى التركة لأجنبى غير وارث. (٢) بيع الوارث حصته فى التركة لوارث آخر، وهذا هو التخارج[٢].

أ- بيع الوارث حصته فى التركة لأجنبى غير وارث

أولا- حكم هذا البيع فيما بين الطرفين:

١٣٠- **التزامات من الجانبين:** ينعقد هذا البيع بالتراضى كسائر البيوع فإذا ما انعقد صحيحاً، رتب التزامات فى ذمة الوارث البائع، والتزامات مقابلة فى ذمة المشترى الأجنبى. وهى بوجه عام الالتزامات التى تترتب فى كل بيع.

=٤٧٦ من التقنين المدنى المصرى - وانظر فى القانون المدنى السورى الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٢٩٠ فقرة ٢٩٥).

التقنين المدنى الليبى م ٤٦٢- ٤٦٥ (مطابقة للمواد ٤٧٤ - ٤٧٦ من التقنين المدنى المصرى).

التقنين المدنى العراقى: لا مقابل فيه، ولكن يمكن الأخذ فى العراق بالأحكام الواردة فى التقنين المصرى لاتفاقها مع القواعد العامة. أنظر فى القانون المدنى العراقى الأستاذ حسن الذنون م٣٧٨- ص٣٨٣- وص٣٨٩ - ص٤٠٢).

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى: لا مقابل فيه. ويمكن الأخذ أيضاً فى لبنان بالأحكام الواردة فى التقنين المصرى لاتفاقها مع القواعد العامة.

(١) الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١٢٦ ص٢٨٦.

(٢) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى: «بيع الوارث نصيبه من التركة هو بيع لمجموع من المال، بما يشتمل عليه من حقوق وديون. وهو أعم من التخارج المعروف فى الشريعة الإسلامية» فإن التخارج مقصور على بيع الوارث نصيبه لباقى الورثة، أما هذا البيع فقد يكون لوارث أو لغير وارث» (مجموعة الأعمال التحضيرية٤ ص٢٠٨).

فالتزامات الوارث البائع هى نقل ملكية حصته فى التركة إلى المشترى، وتسليمها إياه، وضمان ثبوت وراثته. والتزامات المشترى هى دفع الثمن، ورد ما عسى أن يكون الوارث البائع قد وفاه من ديون التركة، وحساب ما عسى أن يكون هذا الوارث البائع دائناً به للتركة.

١٣١- **نقل ملكية الحصة المبيعة للمشترى:** يلتزم البائع بنقل ملكية حصته فى التركة- أو جزء منها - للمشترى. والمنقول ملكيته هنا هو مجموع من المال (universalité)، لا مال معين بالذات[١]. ومن ثم تنتقل الملكية بمجرد البيع، ويحل المشترى محل الوارث فى حصته[٢]، ولا حاجة فى ذلك للتسجيل حتى لو اشتملت الحصة المبيعة على عقار. ولكن لا تنتقل ملكية عقار بالذات إلى المشترى، حتى فيما بين الطرفين، إلا بالتسجيل[٣]. وإلى هذا تشير العبارة الأخيرة من المادة ٤٧٤ مدنى عندما تقول: «فإذا نص القانون على إجراءات لنقل الحق فيما بين المتعاقدين، وجب أيضاً أن تستوفى هذه الإجراءات». أما المنقولات بذواتها فتنتقل ملكيتها إلى المشترى بمجرد البيع، فيصبح المشترى مالكاً فى الشيوع مع بقية الورثة للمنقولات الموجودة فى التركة بمقدار حصة الوارث البائع، ولا حاجة فى ذلك إلى التسليم. وإذا كان فى التركة حقوق شخصية فى ذمة مدينيها، فهذه الحقوق تنتقل أيضاً إلى المشترى يملكها شائعة مع بقية الورثة

---

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن بيع الاستحقاق فى تركة يجب أن ينصب على مجموع من الأموال المختلفة، فإذا باع الوارث استحقاقه فى شئ معين أو فى أشياء معينة بحيث يمكن تسليم المبيع للمشترى بدون حاجة إلى قسمة التركة، فلا يعتبر ذلك بيع استحقاق فى تركة، بل يعتبر بيعاً عادياً (١٩ فبراير سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣١ رقم ٤٠ ص١٠٨).

(٢) وذلك من وقت البيع دون أثر رجعى (أنسيكلوبيدى داللوز ١ لفظ cession des droits suc. فقرة ٨٥). وإذا كان المشترى يحل محل الوارث فى ملكية حصته، فانه لا يحل محله فى صفته كوارث، بل يبقى الوارث البائع محتفظا بهذه الصفة. وقد تترتب آثار على احتفاظ الوارث البائع بصفة الوارث، كما إذا كان المورث مؤمنا لمصلحة ورثته أو منشئاً لوقف جعل ورثته فيه مستحقين، فيبقى الوارث البائع صاحب الحق فى مبلغ التأمين أو يبقى مستحقاً فى الوقف، ولا تنتقل حقوقه هذه مع حصته التى باعها للمشترى الأجنبى (الأستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ٤١٤ ص٦٠٤- الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٣٩٣ ص٣١٦). ولا يصبح المشترى بشرائه حصة الوارث وارثاً، فإن صفة الوارث لا تنتقل إليه كما قدمنا. ويترتب على ذلك أنه لو كان للمورث بنت باعت حصتها فى الميراث لابنها، فإن ابن البنت لا يصبح فرعاً وارثاً ولا يحجب ابن العم مثلا.

أنظر فى أن صفة الوارث لا تنتقل إلى المشترى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية٤ ص٢١٣- وفى أن الوارث البائع يبقى محتفظاً بصفة الوارث جيوار ٢ فقرة ٨٥٩- أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ ثالثاً ص١٧١- بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٥٨ ص٤٥٥.

(٣) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية٤ ص٢١٣- ويسبق ذلك تسجيل إشهاد الوراثة (الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٥٢ - الأستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ٤١٢).

بمقدار حصة الوارث البائع. ولا حاجة هنا أيضاً إلى إعلان مديني التركة أو قبولهم، فان الحوالة تنقل الحق إلى المحال له دون حاجة إلى إعلان المدين أو قبوله. وسنرى أن هذا الإعلان أو القبول لازم لصيرورة الحوالة نافذة فى حق مدينى التركة وفى حق الغير[١].

أما إذا كان على التركة ديون، فهذه لا تنتقل إلى المشترى كما تنتقل الديون فى حوالة الدين. وذلك لأن القاعدة المعروفة، وهى ألا تركة إلا بعد سداد الدين، تمنع من انتقال الديون إلى الوارث. فالمشترى، عندما اشترى حصة الوارث، اشتراها خالصة من الديون التى على التركة، وقبل أن يأخذ شيئاً من التركة يجب وفاء هذه الديون منها. فإذا وفيت الديون جميعاً خلص للمشترى حصة الوارث التى اشتراها، دون أن ينتقل إليه شئ من هذه الديون[٢].

١٣٢ – تسليم الوارث البائع مشتملات حصة للمشترى: ويلتزم الوارث البائع بأن يسلم ما اشتملت عليه حصته فى التركة من عقارات ومنقولات وحقوق شخصية وغير ذلك إلى المشترى. ويدخل فى ذلك جميع الثمرات والريع والمنتجات التى نشأت عن هذه الأموال من وقت افتتاح التركة إلى وقت التسليم سواء كان البائع قد قبضها أو لم يقبضها، فان كان قد قبضها وجب عليه ردها للمشترى. ويدخل أيضاً – ما لم يوجد اتفاق صريح مخالف – ما عسى أن يكون الوارث قد استوفاه من الديون التى للتركة[٣]، وثمن ما عسى أن يكون قد باعه من مشتملات التركة للغير قبل أن يبيع حصته[٤]، وما عسى أن يكون قد استهلكه من هذه المشتملات لاستعماله الشخصى[٥]. وهذا ما نصت عليه صراحة المادة ٤٧٥ مدنى، فهى تقول كما رأينا: «إذا كان البائع قد استوفى بعض ما للتركة من الديون أو باع شيئاً مما اشتملت عليه، وجب أن يرد للمشترى ما استولى عليه،

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية٤ ص٢١٠.

(٢) وفى القانون الفرنسى أيضاً لا تنتقل الديون إلى المشترى، بل يبقى الوارث مسئولا عنها ويرجع بها على المشترى. ولكن ليس ذلك لأن ديون المورث لا تنتقل إلى الوارث، فهى تنتقل إليه فى القانون الفرنسى، ولكن لا يمكن نقلها بعد ذلك فيما بين الأحياء من الوارث إلى المشترى لأن حوالة الدين غير معروفة فى القانون الفرنسى (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٥٨– كولان وكابيتان٢ فقرة ٩٩٣– أنسيكلوبيدى داللوز١ لفظ .cession des droits succes فقرة ٦٢).

(٣) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية٤ ص٢١٣.

(٤) أما بعد بيع حصته، فانه لا يستطيع أنه يبيع من أجنبى شيئاً من مشتملات التركة. وهذا ولا يرد إلا ثمن ما باعه ولو كان أقل من قيمته، لأنه وقت أن باع كان يبيع ما يملك إذ لم يكن قد باع حصته من التركة، فلا يكون مسئولا إلا عما قد جناه من الكسب أى الثمن الذى قبضه (بودرى وسينيا فقرة ٨٧٥ ص٩٠٤).

(٥) أنسيكلوبيدى داللوز١ لفظ .cession des droits succes فقرة ٧٣– أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ ثالثاً ص١٧٠.

ما لم يكن عند البيع قد اشترط صراحة عدم الرد». أما إذا كان قبل بيع حصته قد تبرع بشئ من مشتملاتها، فالأصل أن يرد قيمتها للمشترى[١] ما لم يتفق معه ألا يرد شيئاً.

ويلتزم الوارث أن يسلم للمشترى مشتملات حصته فى الحالة التى تكون عليها وقت بيع الحصة، لا وقت موت المورث أى وقت افتتاح التركة. وإذا كانت قيمة هذه المشتملات قد زادت بسبب تحسينات أنفق عليها الوارث، كترميمات وإصلاحات وتعمير ونحو ذلك، فهذه كلها تكون للمشترى، إذ هى قد دخلت فى الحساب عند تقدير الثمن. وقد يكون الوارث قد حصل بعد موت المورث على تأمين لدين للتركة كرهن أو كفالة، فهذا التأمين يكون للمشترى، فقد اعتد به عند حساب الثمن[٢]. كذلك إذا كانت مشتملات الحصة المبيعة قد أصابها تلف أو هلك بعضها، فهذا كله يتحمله المشترى، لأن هذا الهلاك أو التلف لابد أن يكون قد حسب حسابه عندما حدد الثمن. ويستوى أن يكون التلف أو الهلاك قد حدث بسبب أجنبى أو بخطأ من الوارث، ففى الحالتين قد دخل فى الحساب[٣].

وإذا كان حق من حقوق التركة قد انقضى باتحاد الذمة بسبب الميراث، فان هذا الحق، بعد أن باع الوارث حصته، يعود إلى الوجود وينتقل إلى المشترى سواء كان الحق شخصياً أو عينياً. مثل الحق الشخصى أن يكون الوارث مديناً للمورث ثم يرثه فينقضى الدين باتحاد الذمة، ثم يبيع حصته، فيعود المدين فى ذمته للمشترى[٤]. ولكن الكفالة الشخصية أو العينية التى انقضت باتحاد الذمة لا تعود، حتى لا يضار الكفيل وهو من الغير.

(١) فقد استفاد منها، إذ كان يتبرع من ماله الخاص لو لم يجد مال التركة تحت يده. وقد كان هذا هو الحكم فى القانون الرومانى وفى القانون الفرنسى القديم (بودرى وسينيا فقرة ٨٧٦– وانظر أيضاً: أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ ثالثاً ص١٧٠– بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٥٩ ص٤٥٧– أنسيكلوبيدى داللوز١ لفظ .cession des droits succes فقرة ٧٤– الأستاذين أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ٦١٩ ص٦٣٣ – الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٢٢– الأستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ٤١٤– الأستاذ منصور مصطفى منصور ص٢٨٧ هامش رقم ١).

(٢) بودرى وسينيا فقرة ٨٧٧ وفقرة ٨٨٢.

(٣) أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ ثالثاً هامش رقم ٩– بودرى وسينيا فقرة ٨٧٨– بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٥٩ ص٤٥٧– أما إذا كان التلف قد حصل بغش من الوارث، بأن يكون مثلا قد أطلع المشترى على مشتملات التركة ثم أخفى بعضها أو أتلفه عمداً أو تعمد عدم قطع التقادم أو عدم قيد الرهن أو عدم تجديد القيد، فإن كان ذلك قبل بيع الحصة اعتبر تدليساً من جانب الوارث يجعل البيع قابلا للإبطال، وإن كان بعد بيع الحصة اعتبر إخلالا من جانب الوارث بالتزاماته كبائع فيستوجب مسئوليته العقدية (أنظر بودرى وسينيا فقرة ٨٨٠).

(٤) وسنرى أن الوارث إذا كان دائناً للمورث ثم ورثه، ثم باع حصته فى الميراث، فإنه يستبقى حقه فى الرجوع على التركة بالدين الذى له عليها، ولا ينقضى هذا الدين باتحاد الذمة (م٤٧٦ مدنى): أنظر ما يلى فقرة ١٣٤.

وهذا بخلاف الرهن الذى يكون الوارث المدين نفسه قد قدمه، فانه يعود مع الدين، مع الاحتفاظ بحقوق الغير التى ترتبت لهم على العين المرهونة. ومثل الحق العينى أن يكون على عقار للوارث حق ارتفاق لمصلحة عقار مملوك للمورث، فينقضى حق الارتفاق هذا باتحاد الذمة عند الميراث، فإذا باع الوارث حصته عاد حق الارتفاق إلى الوجود لمصلحة العقار المرتفق الذى انتقل إلى المشترى. وهذا ما لم يكن الوارث قد باع عقاره المرتفق به غير مثقل بحق الارتفاق قبل بيع الحصة، ففى هذه الحالة لا يعود حق الارتفاق حتى لا يضار المشترى لهذا العقار، ويغلب أن يكون هذا قد دخل فى حساب ثمن الحصة(1).

ولا يدخل فى مشتملات التركة ما ليست له قيمة مالية مقصودة، إذ المفروض أن المشترى إنما اشترى القيمة المالية لحصة الوارث. فلا يدخل ما يصيب الوارث من أوراق المورث الشخصية وأوسمته وبراءات الرتب والأوراق المثبتة للنسب والشهادات المدرسية والصور العائلية وما إلى ذلك، هذا ما لم يكن لهذه الأشياء قيمة مادية أدخلها المشترى فى حسابه باتفاق خاص مع الوارث(2). كما لا يوجد ما يمنع من أن يتفق الوارث مع المشترى على استثناء بعض مشتملات التركة من البيع وإن كان لهذه المشتملات المستثناة قيمة مالية، فيستبقى الوارث مثلا بعض منقولات التركة أو داراً كان يسكن فيها وما إلى ذلك. ولابد أن يكون الاتفاق على هذا الاستثناء اتفاقاً صريحاً، ويفسر تفسيراً ضيقاً، فلا يتناول إلا الأشياء التى ذكرت دون توسع.

---

(1) أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ ثالثاً ص١٧٠ – بودرى وسينيا فقرة ١٨٨ – بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٦٠ مكررة – بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٣٦٥. أما إذا كان لعقار الوارث حق ارتفاق على عقار فى التركة وانقضى باتحاد الذمة، ثم باع الوارث حصته، فإن حق الارتفاق يعود لمصلحته وينقل العقار المرتفق به كما كان.

وقد يقع أن يبيع الوارث حصته فى الميراث مع وجود وصية تركها المورث بثلث تركته مثلا. فالمفروض فى هذه الحالة أن الوارث باع حصته بعد استنزال الوصية، أى باع حصته فى ثلثى التركة لا فى التركة كلها. فإذا تبين بعد ذلك أن الوصية باطلة، وأن الوارث تتناول حصته كل التركة لا ثلثيها فقط، فالظاهر أن الوارث يستبقى حصته فى ثلث التركة إذ هى لم تدخل فى البيع. على أن المسألة مرهونة بنية المتعاقدين. فإن كان الوارث قد أراد أن يبيع كل حصته فى التركة على تقدير أن الوصية صحيحة، فإنه يجوز للمشترى فى هذه الحالة أن يطالب الوارث بما زاد فى حصته بسبب بطلان الوصية على أن يزيد له فى الثمن بنسبة الزيادة. وإن كان الوارث عند بيعه لحصته قد دخل فى تقديره احتمال بطلان الوصية وما يترتب على بطلانها من زيادة حصته، وأدخل ذلك فى حسابه عند تحديد الثمن، فإن البيع يكن احتمالياً من هذه الناحية، وإذا أبطلت الوصية كان للمشترى ما زاد فى حصة الوارث دون أن يزيد شيئاً فى الثمن (قارب بودرى وسينيا فقرة ٨٨٥).

(2) أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ ثالثاً هامش ٤ مكرر – بودرى وسينيا فقرة ٨٨٤ – بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٥٩ – بلانيول وريبير وبولانجيه٢ فقرة ٢٣٦٣ – الأستاذان أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ٦٢٢.

١٣٣ – الضمان: رأينا أن المادة ٤٧٣ مدنى تنص على أن «من باع تركة دون أن يفصل مشتملاتها لا يضمن إلا ثبوت وراثته، ما لم يتفق على غير ذلك». فالوارث عندما يبيع حصته فى التركة لا يبيع أموالا معينة بالذات، ولكنه يبيع حصته فى مجموع من المال أياً كانت قيمة هذا المجموع. وهذا هو الذى يميز بيع التركة عن غيره من البيوع. فالوارث إذن لا يضمن للمشترى أن يدخل فى حصته أى مال معين، أو أن تكون لهذه الحصة قيمة معينة. فإذا كان المشترى قد حسب وقت شرائه للحصة أن مالا معيناً سيدخل فى هذه الحصة ولم يدخل، إما لأنه دخل فى حصة غير بائعة من الورثة وإما لأنه لم يدخل فى التركة أصلا إذ استرده المستحق له، فانه لا يرجع على الوارث بضمان الاستحقاق. وإذا دخلت العين فى الحصة المبيعة، وتبين أن بها عيباً خفياً، لم يضمن الوارث للمشترى هذا العيب. وإذا تبين أن قيمة الحصة أقل مما قدره المشترى، بل إذا تبين أن التركة مستغرقة بالديون فليست لحصة الوارث أية قيمة، أو أن حصة الوارث هى الربع لا الثلث ما لم يكن هناك غلط جوهرى فى قيمة البيع، لم يرجع المشترى بالضمان على الوارث، لأن البيع هنا عقد احتمالى كما قدمنا، وقد أقدم المشترى عليه بعد البحث والتمحيص، فهو الذى يجنى الكسب ويحمل الخسارة(1).

فلا يضمن الوارث إذن للمشترى إلا شيئاً واحداً، هو أنه وارث، أى ثبوت وراثته فى التركة(2). فيضمن أولا أن التركة قد فتحت فعلا، لأنه إذا تبين أن الوارث قد باع تركة مستقبلة فالبيع باطل كما قدمنا. ويضمن بعد ذلك أنه يرث فى هذه التركة، فإذا تبين أنه ليس من الورثة فانه يكون قد باع ما لا يملك، ويكون البيع قابلا للإبطال وفقاً للقواعد المقررة فى بيع ملك الغير، ويجوز للمشترى قبل أن يسترد الوارث الحقيقى أن يبادر إلى المطالبة بإبطال البيع واسترداد الثمن الذى دفعه مع التعويض إن كان وقت أن اشترى الحصة يجهل أن البائع ليس بوارث. ويضمن الوارث البائع أخيراً أى عمل من أعماله الشخصية التى تتعارض مع كونه وارثاً باع حصته، كأن يبيع هذه الحصة مرة أخرى، أو أن يبيع شيئاً من مشتملاتها، أو أن يستوفى ديناً لها.

على أنه يجوز الاتفاق على تشديد هذا الضمان، فيشترط المشترى على الوارث أن يضمن له قيمة معينة للحصة إذا نزلت دفع الوارث الفرق للمشترى(3)، أو أن يضمن له دخول مال معين بالذات فى الحصة المبيعة. وقد يكون هذا الاتفاق ضمنياً، كأن يفصل المشترى مشتملات الحصة التى يشتريها، فيذكر أنها تشتمل على كذا وكذا من العقارات

---

(1) كذلك لا يضمن الوارث ملاءة مدين التركة (الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٤٦).

(2) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية٤ ص٢٠٨.

(3) وقد يؤخذ ذكر قيمة الحصة فى عقد البيع قرينة على أن المشترى قد اتفق مع الوارث على ضمان هذه القيمة (قارن الأستاذين أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ٦٢٦ – الأستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ٤١٥).

والمنقولات والحقوق والأموال الأخرى. فكل ما ذكر يكون الوارث ضامناً لدخوله في الحصة المبيعة، وإذا لم يدخل لأى سبب رجع المشترى على الوارث بضمان الاستحقاق[1]. بل قد يرجع أيضاً بضمان العيب؛ إذا اشترط ذلك صراحة أو ضمنا.

ويجوز الاتفاق على تخفيف الضمان فيشترط الوارث على المشترى مثلا أنه لا يضمن وجود ورثة آخرين معه، أيا كان عددهم ومهما بلغ مقدار حصصهم. بل يجوز الاتفاق على عدم ضمان الوارث لثبوت وراثته أصلا، فيكون ما يبيعه الوارث في هذه الحالة هو مجرد احتمال أن يكون وارثاً. ويظهر ذلك بوجه خاص في تحديد الثمن، فان العقد في هذه الحالة يصبح عقداً احتمالياً محضاً، ويكون الثمن مخفضاً تخفيضاً يواجه هذا الاحتمال[2].

١٣٤- التزامات المشترى: يلتزم المشترى أن يدفع للوارث الثمن المتفق عليه والمصروفات والفوائد، شأنه في ذلك شأن كل مشتر آخر[3]. ويلتزم فوق ذلك أن يرد للوارث ما عسى أن يكون هذا وقد دفعه من تكاليف التركة. فما دفعه الوارث في تجهيز الميت – المورث – وفي ضريبة التركات التى تقع على حصته المبيعة وما إلى ذلك من تكاليف يسترده من المشترى، لأن هذه هي العناصر السلبية لمجموع المال الذى اشتراه المشترى من الوارث.

أما ديون التركة فهذه لا يلتزم بها المشترى، لأن الوارث نفسه لا يلتزم بها، وذلك وفقاً للمبدأ المقرر في الشريعة الإسلامية وهو يقضي بألا تركة إلا بعد سداد الدين[4]. فالتركة هى التى تقوم بسداد ديونها أولا، وما بقى بعد ذلك فهو ميراث، والوارث إنما باع حصته

(١) أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ ثالثاً ص١٧٢- بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٥٩ ص٤٥٨ – بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٣٩٦.

(٢) انظر في كل ذلك بودرى وسينيا فقرة ٨٨٦ – فقرة ٨٩١- وإذا اشترط الوارث أنه لا يضمن حتى ثبوت وراثته، وثبت بعد ذلك أنه ليس بوارث، لم يضمن، ولكن يجب عليه أن يرد الثمن الذى أخذه، إلا إذا اشترط أيضاً عدم رده (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٥٩ ص٤٥٨). ومع ذلك إذا ثبت غش الوارث وأنه كان يعلم وقت البيع أنه ليس بوارث، وجب عليه رد الثمن والتعويض حتى لو اشترط عدم الضمان (أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ ثالثاً ص١٦٩ – بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٥٩ ص٤٥٩- بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٣٦٦).

(٣) والثمن مضمون بحق امتياز على الحصة المبيعة، ويجب قيد هذا الامتياز بالنسبة إلى العقارات (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٦٠ ص٤٥٩)- وإذا كان الوارث البائع قاصراً واشتملت حصته على عقارات، وكان في الثمن فيما يقابل العقارات غبن يزيد على الخمس، جاز طلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل. وتقوم العقارات بحسب قيمتها وقت البيع، وتوازن هذه القيمة بجزء من الثمن بنسبة قيمة العقارات إلى قيمة مجموع مشتملات الحصة لمعرفة ما إذا كان هناك غبن يزيد على الخمس (م٤٢٥ مدنى): انظر بلانيول وريبير وهامل١٠ فقرة ٣٥٧- أنسيكلوبيدى داللوز ٤ لفظ cession des dr. succes. فقرة ٤٣.

(٤) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص٢٠٩- الأستاذان =

في هذا الميراث بعد استنزال الديون. ولكن يجوز أن يكون الوارث قد دفع من ماله حصت
في دين على التركة، فيرجع بما دفعه على المشترى، لأن هذا قد استفاد بما دفعه الوارث
إذ خلصت له الحصة دون أن يستنزل منها هذا الدين. كذلك قد يكون الوارث دفع م
يصيب حصته في وصية تركها المورث، فهنا أيضاً ولنفس السبب يرجع الوارث على
المشترى بما دفع. وهناك رسم يدفع على انتقال التركة للوارث، وهو رسم على انتقال
الملكية من المورث إلى الوارث ويسمى رسم الأيلولة. فهذا يدفعه الوارث في مقابل انتقال
حصته في التركة إليه، ولا يرجع به على المشترى، لأنه هو الذى استفاد منه فقد انتقلت
إليه ملكية الحصة واستطاع بذلك أن يبيعها[1]. أما المشترى فيدفع رسم البيع الذى
انتقلت بموجبه ملكية الحصة إليه من الوارث، وهذا الرسم يدخل في مصروفات البيع التي
يلتزم بها المشترى[2].

وقد يكون للوارث دين في ذمة المورث، فهذا الدين تلتزم به التركة ولا ينقضى باتحاد الذمة لأن ديون المورث لا تنتقل إلى ذمة الوارث. فيكون للوارث أن يطالب التركة بماله من الدين، ويتحمل المشترى نصيب الحصة المبيعة في هذا الدين، أى أنه يحسب للبائع كل ما يكون دائناً به للتركة ويتحمل المشترى نصيبه في ذلك باعتباره مالكاً للحصة المبيعة. وإلى هذا كله تشير المادة ٤٧٦ مدنى، كما رأينا، إذ تقول: «يرد المشترى للبائع ما وفاه هذا من ديون التركة، ويحسب للبائع كل ما يكون دائنا به للتركة ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك».

فيجوز إذن الاتفاق على تشديد هذه الالتزامات أو على تخفيفها. يجوز مثلا الاتفاق على أن يدفع المشترى رسم الأيلولة، فهذا تشديد في التزامات المشترى. كما يجوز الاتفاق على ألا يرد المشترى للبائع ما وفاه هذا من ديون التركة أو الوصايا، أو على ألا يحسب للوارث البائع ما كان دائناً به للتركة، وهذا تخفيف في التزامات المشترى.

= أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ٦٢١- الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٤٧- الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٩٨.

(١) ولكن من ناحية قوانين الضرائب يكون المشترى مسئولا بالتضامن مع الوارث البائع عن سداد هذه الضريبة، إذا تم البيع قبل مضى عشر سنوات من وقت افتتاح التركة. فقد نصت المادة ٤٥ من قانون ضريبة التركات الصادر في ٣١ أغسطس سنة ١٩٤٤ على أنه «يجب على كل من يشترى عقاراً أو أى حق آخر من الحقوق العينية آيلا إلى البائع من تركة أو من وصية، ولم يكن قد مضى على وفاة المورث أو الموصى أكثر من عشر سنوات، أن يتثبت قبل التعاقد من الوفاء بالرسوم المطلوبة للحكومة، وإلا كان مسئولا بالتضامن مع الوارث البائع عن وفاء الرسوم المتأخرة. وكل من يشترى منقولات مع علمه بعدم وفاء رسوم الأيلولة يكون مسئولا بالتضامن عن دفعها مع الوارث البائع» (أنظر الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٤٤ ص٤٢١).

(٢) أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ ثالثاً ص١٧٠ – بودرى وسينيا فقرة ٨٩٤- بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢٦٠.

ثانياً: حكم هذا البيع بالنسبة إلى الغير:

١٣٥ – الغير هنا طوائف ثلاث: يمكن تمييز طوائف ثلاث من الغير فى بيع التركة. الطائفة الأولى هم الورثة الآخرون غير الوارث البائع. والطائفة الثانية هم دائنو التركة ومدينوها. والطائفة الثالثة هم الخلف الخاص للوارث البائع أى كل شخص تلقى من الوارث البائع حقاً على عين أو دين من مشتملات الحصة المبيعة. ولما كان الحكم يختلف بالنسبة إلى كل طائفة من هؤلاء، فنستعرضهم متعاقبين طائفة بعد الأخرى.

١٣٦ – الورثة الآخرون: هؤلاء ليسوا طرفا فى البيع الذى تم بين الوارث البائع والمشترى، فلا يكسبون من هذا البيع حقاً ولا يترتب فى ذمتهم التزام. ولكن البيع الذى تم جعل المشترى شريكاً لهم فى الشيوع فى جميع مشتملات التركة، من عقارات ومنقولات وديون، بمقدار حصة الوارث البائع وقد حل المشترى محله بموجب البيع. فمن حقهم الاعتداد بهذا البيع ولو لم يعلن لهم، ويتقاسمون التركة مع المشترى باعتباره شريكا لهم، وتكون هذه القسمة نافذة فى حق الوارث البائع فقد خرج بالبيع عن أن يكون هو الشريك.

ومن حق الورثة، قبل صدور البيع من الوارث، أن يتقاسموا مع هذا الوارث، فتفرز حصته، ويقع البيع عليها مفرزة لا شائعة، وتكون هذه القسمة نافذة فى حق المشترى من الوارث كخلف خاص ينصرف إليه أثر العقد الصادر من سلفة متعلقاً بالشئ المبيع. أما بعد البيع، فإذا كان الورثة الآخرون لم يخطروا به، كان من حقهم أن يتقاسموا مع الوارث البائع، لأن المفروض أنهم لا يعلمون بالبيع(1). فإذا بدأت إجراءات القسمة، واستطاع المشترى أن يخطرهم(2) بالبيع قبل أن تتم، كان للمشترى أن يتدخل فى القسمة(3)، بل له أن يطلب إخراج الوارث من الإجراءات وأن يحل محله فيها فيكون هو المتقاسم مع سائر الورثة. وإذا كان الورثة قد أخطروا بالبيع قبل إجراءات القسمة فليس لهم أن يتقاسموا مع الوارث البائع فقد باع حصته للمشترى، ويكون التقاسم معه غير نافذ فى حق المشترى. ولا يجوز للورثة أن يتقاسموا إلا مع المشترى، فهو الذى أصبح شريكاً لهم فى الشيوع مكان الوارث البائع وقد أحيطوا علما بذلك عن طريق الإخطار(4).

(1) بودرى وسينيا فقرة ٩١٠ – ويعتبر المشترى من الوارث فى هذه الحالة، بالنسبة إلى سائر الورثة، دائناً للوارث البائع، وقد تمت القسمة قبل أن يتدخل المشترى، فليس له أن يطعن فيها إلا فى حالة الغش (م٨٤٢/٢ مدنى) – وهذا لا يمنع، كما قدمنا، من أن تتقاسم الورثة التركة مع المشترى، حتى قبل أن يخطروا بالبيع، وتكون هذه القسمة نافذة فى حق الوارث البائع.

(2) والإخطار ليس له شكل خاص، ولكن يجب إثبات إذا أنكرته الورثة وفقاً للقواعد العامة فى الإثبات.

(3) باعتباره دائناً لأحد الشركاء وهو الوارث البائع (م٨٤٢/١ مدنى).

(4) ولما كان الوارث قد باع حصته لأجنبى غير وارث، فإنه يجوز للورثة الآخرين قبل القسمة استرداد هذه الحصة، وفقاً للمادة ٨٣٣ مدنى وهى تنص على أن «الشريك فى المنقول الشائع أو فى ==

١٣٧ – دائنو التركة ومدينوها: أما دائنو التركة فيبقون، بالرغم من بيع الوارث لحصته، دائنين للتركة ذاتها، لا للوارث ولا للمشترى منه كما سبق القول، إذ لا تركة إلا بعد سداد الديون. فيستوفون ديونهم من أموال التركة(1) مقدمين على الورثة وعلى غيرهم من موصى لهم أو ممن يتلقى حقاً من الورثة كالمشترى من الوارث البائع. وإذا تسلم المشترى مشتملات الحصة المبيعة، فان ما تسلمه يبقى مسئولا عن ديون التركة، ولدائنيها أن يتتبعوا هذا المال فى يد المشترى وينفذوا بحقوقهم عليه، على النحو الذى سنبينه عند الكلام فى تصرف الوارث فى أموال التركة المدينة قبل سداد الدين(2).

أما مدينو التركة فهؤلاء يكونون بالبيع مدينين للمشترى من الوارث لأن الوارث تنتقل إليه حقوق التركة بخلاف ديونها، فيحول بالبيع هذه الحقوق للمشترى منه، وتسرى القواعد العامة المتعلقة بحوالة الحق. ومن أهم هذه القواعد أن الحوالة لا تكون نافذة فى حق مدينى التركة إلا إذا قبلوها أو أعلنوا بها (م٤٧٤ مدنى)(3). فإذا لم يقبلوا الحوالة ولم يعلنوا بها، ووفوا الوارث البائع حصته من الديون التى فى ذمتهم للتركة، كان هذا الوفاء نافذا فى حق المشترى. ولا يبقى للمشترى إلا الرجوع بالضمان على الوارث البائع، فقد قدمنا أنه ضامن لأعماله الشخصية، واستيفاؤه لديون التركة بعد بيع حصته يعتبر عملاً شخصياً من جانبه يستوجب الضمان.

١٣٨ – الخلف الخاص للوارث البائع: يمكن أن نتصور أن الوارث قد باع – بعد البيع الصادر منه للمشترى أو قبل هذا البيع – لشخص آخر شيئاً من مشتملات حصته، عقاراً

== المجموع من المال أن يسترد قبل القسمة الحصة الشائعة التى باعها شريك غيره لأجنبى بطريق الممارسة، وذلك خلال ثلاثين يوماً من تاريخ علمه بالبيع أو من تاريخ إعلانه به ويتم الاسترداد بإعلان يوجه إلى كل من البائع والمشترى، ويحل المسترد محل المشترى فى جميع حقوقه والتزاماته إذا هو عوضه عن كل ما أنفقه. ٢ – وإذا تعدد المستردون، فلكل منهم أن يسترد بنسبة حصته». أنظر بودرى وورو ٥ فقرة ٣٥٩ ثالثاً ص١٧٢ – بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٦٠ مكررة ص٤٦١ – بلانيول وريبير وبولانجيه٢ فقرة ٢٣٦١ – كولان وكابيتان٢ فقرة ٩٧١ – أنسيكلوبيدى داللوز ١ لفظ cession des dr. success, فقرة ١٤٥ – الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٤١ ص٤١٨.

كذلك إذا كان الورثة الآخرون ينازعون فى وراثة الوارث البائع، فمن حقهم أن يستردوا الحصة المبيعة كما يسترد أى حق متنازع فيه (الأستاذ منصور مصطفى منصور ص٢٨٥ هامش رقم ١).

(1) ومن ثم لا يكون هناك محل لحوالة الدين من الوارث إلى المشترى، فإن الوارث نفسه غير مدين، بل التركة. ويترتب على ذلك أنه لا يلزم اتخاذ إجراءات حوالة الدين (الأستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ٤١٢ ص٦٠٢ – قارن الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٣٩ ص٤٦٣)، وهذا بخلاف إجراءات حوالة الحق فيجب اتخاذها لأن حقوق التركة تنتقل إلى الوارث ويحولها إلى المشترى.

(2) أنظر ما يلى فقرة ١٩٣ – فقرة ١٩٤.

(3) الأستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ٤١٢.

أو منقولاً أو ديناً للتركة. فيكون هذا الخلف الخاص للوارث معتبراً من الغير في البيع الصادر قبل ذلك أو بعد ذلك للمشترى لحصة الوارث. ويجوز أيضاً، بدلا من أن يبيع الوارث من مشتملات حصته عيناً بالذات، أن يبيع نفس الحصة كمجموع من المال لمشتر آخر، فيكون هذا المشترى الآخر من الغير أيضاً.

فهؤلاء الأغيار – مشترى العقار المعين أو المنقول المعين أو الدين الذى للتركة أو حصة الوارث فى مجموعها – لا يسرى فى حقهم البيع الصادر من الوارث للمشترى، إلا إذا استوفى المشترى الإجراءات الواجبة لنقل كل حق اشتملت عليه التركة. وهذا ما نصت عليه صراحة المادة ٤٧٤ مدنى كما رأينا، إذ تقول: «إذا بيعت تركة، فلا يسرى البيع فى حق الغير إلا إذا استوفى المشترى الإجراءات الواجبة لنقل كل حق اشتملت عليه التركة»[1]. وقد حسم هذا النص خلافاً لا يزال قائماً فى الفقه الفرنسى فى هذه المسألة وأخذ بالرأى الراجح فى هذا الفقه[2]، وكان هذا أيضاً الرأى الراجح فى عهد التقنين المدنى السابق ولم يكن هذا التقنين يشتمل على نص مماثل للمادة ٤٧٤ مدنى[3].

فإذا كان الغير مشترياً لعقار بالذات من مشتملات الحصة المبيعة، فسواء اشتراه قبل بيع الحصة أو بعدها، فان المشترى للحصة لا يقدم عليه إلا إذا سجل البيع فى خصوص هذا العقار قبل أن يسجل مشترى العقار البيع الصادر إليه، وأيهما سبق الآخر فى التسجيل كان هو المقدم[4]. ذلك أن المشترى لحصة الوارث كما يعتبر مشترياً لهذه الحصة فى

(١) وقد رأينا أن العبارة الأخيرة من المادة ٤٧٤ مدنى تنص على ما يأتى: «فإذا نص القانون على إجراءات لنقل الحق فيما بين المتعاقدين، وجب أيضاً أن تستوفى هذه الإجراءات». وقدمنا مثلا لذلك التسجيل فى العقار، فهو واجب فى نقل الملكية حتى فيما بين المتعاقدين، فوجب التسجيل حتى تنتقل ملكية عقار بالذات حتى فيما بين الوارث البائع والمشترى لحصة هذا الوارث (أنظر آنفاً فقرة ١٣١).

(٢) ففى الفقه الفرنسى آراء ثلاثة: رأى يذهب إلى صيرورة بيع الحصة نافذا فى حق الغير باخطار باقى الورثة بهذا البيع. ورأى ثان يجعل هذا البيع نافذا فى حق الغير دون حاجة إلى أية إجراءات. ورأى ثالث لا يجعل هذا البيع نافذا فى حق الغير إلا باتخاذ الاجراءات اللازمة لصيرورة البيع نافذا فى حق الغير بالنسبة إلى عقارات الحصة المبيعة، وفى المنقول بالنسبة إلى منقولات هذه الحصة، وفى حوالة الحق بالنسبة إلى الديون التى لهذه الحصة. أنظر فى هذه الآراء الثلاثة بودرى وسينيا فقرة ٩٠٣– فقرة ٩١٠– وانظر فى أن الرأى الثالث هو الرأى الراجح جيوار ٢ فقرة ٨٦٦– لوران ٢٤ فقرة ٤٧٨– أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ ثالثاً هامش رقم ٢٤– بودرى وسينيا فقرة ٩٠٦– بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٥٦ كولان وكابيتان٢ فقرة ٩٧٢ – أنسيكلوبيدى داللوز ١ لفظ cession des dr. succes. فقرة ٥٣– فقرة ٥٦. وقارن هيك فى حوالة الحق١ فقرة ٣٠٦– بلانيول وريبير وبولانجيه٢ فقرة ٢٣٦٣.

(٣) الأستاذان أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ٦٢٤– فقرة ٦٢٥.

(٤) وقد يكون الغير تلقى من الوارث حقاً عينياً غير الملكية، حق انتفاع أو حق ارتفاق أو حق رهن أو غير ذلك، فالعبرة هنا أيضاً بالأسبقية فى التسجيل أو فى القيد. وقد يكون دائن الوارث حجز على =

مجموعها، يعتبر كذلك مشترياً لكل عقار بالذات ولكل منقول بالذات ولكل دين بالذات تشتمل عليه هذه الحصة، فوجب استيفاء الإجراءات الواجبة لنقل كل حق من هذه الحقوق.

وكذلك الحكم فى المنقول، تنتقل ملكيته بمجرد البيع، فإذا كان بيع الحصة سابقاً على بيع منقول بالذات انتقلت ملكية المنقول إلى مشترى الحصة دون مشترى المنقول، وإذا كان العكس انتقلت الملكية إلى مشترى المنقول دون مشترى الحصة. على أن أياً منهما يتسلم المنقول بحسن نية قبل الآخر تنتقل إليه الملكية بموجب الحيازة، فيفضل على صاحبه.

وكذلك الحكم فى دين للتركة، لا تنتقل ملكيته لمشترى الحصة بالنسبة إلى مشتر لهذا الدين بالذات إلا إذا قبل مدين التركة بيع الحصة أو أعلن به قبل أن يقبل شراء الدين أو قبل أن يعلن به، وذلك وفقاً للقواعد المقررة فى حوالة الحق. ويقدم مشترى الدين على مشترى الحصة، إذا تمكن مشترى الدين من الحصول على قبول المدين قبولا ثابت التاريخ أو أعلنه بالحوالة قبل قبول ثابت التاريخ لبيع الحصة أو إعلان لهذا البيع[1].

وكذلك الحكم أخيراً فى حالة ما إذا باع الوارث حصته كمجموع لشخصين على التعاقب، فأى المشترين لحصة الوارث سبق الآخر فى التسجيل بالنسبة للعقارات، أو الحيازة بالنسبة إلى المنقولات، أو إعلان الحوالة أو التاريخ الثابت لقبولها بالنسبة إلى الديون، كان هو المقدم. وقد يتقدم فى العقارات ويتأخر فى المنقولات أو فى الديون، كما يجوز أن يتقدم فى بعض العقارات دون بعض أو فى بعض المنقولات أو الديون دون بعض، حسبما يتفق أن يسبق إليه فى الإجراءات الواجبة بالنسبة إلى كل حق.

ب– بيع الوارث حصته فى التركة لوارث آخر (التخارج)

١٣٩– التمييز بين حالتين: إذا باع الوارث حصته فى التركة لوارث آخر، كان هذا هو

=عقار من مشتملات الحصة المبيعة، فإذا كان قد سجل التنبيه قبل أن يسجل مشترى الحصة البيع قدم على هذا المشترى (بودرى وسينيا فقرة ٩٠٧ ص٢٩٤– ص٢٩٥).

(١) وقل مثل ذلك فى حالة ما إذا حجز دائن الوارث تحت يد مدين التركة، فإذا كان الحجز سابقاً على إعلان بيع الحصة أو التاريخ الثابت لقبول البيع من مدين التركة، زاحم الدائن الحاجز مشترى الحصة، وإذا كان العكس قدم مشترى الحصة على الدائن الحاجز، وذلك وفقاً للقواعد المقررة فى حوالة الحق.

التخارج المعروف فى الفقه الإسلامى[1](1). ويجب هنا أن نميز بين حالتين: حالة ما إذا اشترى الوارث الآخر أو الورثة الآخرون حصة الوارث البائع بثمن دفعوه من مالهم الخاص، وحالة ما إذا اشتروا الحصة بمال دفعوه من أموال التركة ذاتها.

ففى الحالة الأولى يكون شأن الوارث المشترى أو الورثة المشترين شأن المشترى الأجنبى، فيكون لهم حقوق المشترى الأجنبى والتزاماته(2)، ويسرى البيع الصادر لهم فى حق الغير وفقاً للأحكام التى سبق أن قررناها. فان كان المشترى وارثاً واحداً ودفع الثمن من ماله الخاص، استحق حصة الوارث البائع وحل محله فى التركة. وإن كان المشترى كل الورثة أو ورثة متعددين ودفعوا الثمن من مالهم الخاص، ولم ينص فى عقد التخارج على طريقة قسمة حصة الخارج بين الورثة المتعددين، قسمت هذه الحصة عليهم بالسوية

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن عقد التخارج الذى أجازته الشريعة الإسلامية فى أحوال الميراث هو عقد يتنازل بموجبه أحد الورثة لشريكه أو لشركائه فى الميراث عن نصيبه فى التركة فى مقابل شئ معلوم. وليس من الضرورى لصحة هذا العقد أن تكون أعيان التركة معلومة للمتعاقدين ومعينة فى العقد تعييناً تاماً (٧ يناير سنة ١٩٢٢ المجموعة الرسمية ٢٤ رقم ٣٠ ص٥٠). وقضت محكمة استئناف مصر بأنه يصح التخارج حتى لو كانت التركة مدينة، لأن بيع الوارث نصيبه فى التركة يشمل الديون التى لها والتى عليها طبقاً للمادة ٣٥٠ مدنى (سابق) (١٣ نوفمبر سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ١٤٠ ص٢٨٧ - وانظر أيضاً نقض مدنى ١٤ ديسمبر سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر٣ رقم ١٦ ص٣٥). وقضت بأن عقد التخارج لا يحصل إلا من وارث لوارث، فالبيع الصادر من وارث فى حصته فى التركة لغير وارث يعتبر بيع الاستحقاق فى التركة ويجب تسجيله (٥ يناير سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٢ رقم ٢/٤٩٦ ص٩٩٢). وقضت محكمة أجا بأن عقد التخارج ينطوى بطبيعته على بيع الوارث لنصيبه فى التركة جزافا، وبهذا الوصف لا يضمن البائع للمشترى سوى وجود التركة من غير بيان لمشتملاتها فلا يضمن المتخارج إذن استحقاق بعض الأعيان للغير، إلا إذا نص فى عقد التخارج على الأعيان المتخارج عليها بالذات ونصيب المتخارج فيها (١٩ أبريل سنة ١٩٢٥ المحاماة ٥ رقم ٢/٥٦٨ ص٦٩٤).

(1) التخارج هو أن يتصالح الورثة على اخراج بعضهم من الميراث على شئ معلوم، فإذا تضمنت الورقة اتفاقا بين الأخوة على اختصاص كل منهم بعين من تركة ابيهم. فهى لا تعتبر تخارجا بل هى اتفاق على قسمة، وكل من وقعها فهو محجوج بها وان لم يسجل عقدها فان القسمة كاشفة للحق مقررة له، لا ناقلة ولا منشئة له، فتسجيلها غير لازم إلا للاحتجاج بها على غير المتعاقدين.

(جلسة ١٩٤٧/٦/٥ مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض فى الـ٢٥ عاما قاعدة ٥٤ ص١٠٠٧).

(2) وان كان حكم الشريعة يقضى ببطلان التخارج إذا كان للتركة ديون على الغير، إلا أن القانون المدنى لم يأخذ بذلك، فانه قد نص صراحة فى المادة ٣٢٠ مدنى (قديم) على ان بيع الاستحقاق فى التركة أو التخارج يشتمل حتما على بيع ما لها من الدين.

(جلسة ١٩٣٩/١٢/١٤ مجموعة القواعد العامة لمحكمة النقض فى الـ٢٥ عاما قاعدة ٥٢ ص١٠٠٧).

بينهم. وتنص المادة ٤٨ من قانون الميراث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ على هذا الحكم إذ تقول: «التخارج هو أن يتصالح الورثة على إخراج بعضهم من الميراث على شئ معلوم. فإذا تخارج أحد الورثة مع آخر منهم استحق نصيبه وحل محله فى التركة، وإذا تخارج أحد الورثة مع باقيهم، فان كان المدفوع له من التركة قسم نصيبه بينهم بنسبة أنصبائهم فيها، وإن كان المدفوع من مالهم، ولم ينص فى عقد التخارج على طريقة قسمة نصيب الخارج، قسم عليهم بالسوية بينهم».

أما فى الحالة الثانية فان التخارج يكون بمثابة القسمة أو الصلح لا البيع، ذلك أن الورثة الآخرين دفعوا للوارث مالا من أموال التركة، وتخارجوا بهذا المال على حصة هذا الوارث. وبذلك اختص الوارث المتخارج بمال معين فى التركة يقابل حصته؛ واختص سائر الورثة بباقى التركة، فيكون هذا الاتفاق صلحاً أو قسمة وأفرزت بها حصة الوارث المتخارج. ويغلب أن يكون المقصود بالتخارج الصلح، إذ يقع نزاع على استحقاق أحد الورثة، فيتفق باقى الورثة معه على أن يأخذ مالا معيناً من التركة وينزل عن ادعائه فى الميراث فى باقى التركة[1]. فإذا لم يكن هناك نزاع على ميراث الوارث الخارج، كان التخارج قسمة[2]. وهناك قواعد مشتركة فى التخارج صلحاً كان أو قسمة، كما أن هناك فروقاً فى الأحكام فيما إذا كان التخارج صلحاً أو قسمة، فنستعرض الأمرين.

١٤٠ - أحكام مشتركة فى التخارج: سواء كان التخارج صلحاً أو قسمة، فهو كاشف عن الحق لا منشئ له، لأن هذه طبيعة كل من الصلح والقسمة، ويترتب على ذلك ما يأتى:

(١) جاء فى الزيلعى: «وإن أخرجت الورثة أحدهم عن عرض أو عقار بمال، أو عن ذهب بفضة، أو عن فضة بذهب، صح، قل ما أعطوه أو كثر، لأنه يحمل على المبادلة، لأنه صلح عن عين. ولا يمكن حمله على الابراء، إذ لا دين عليهم ولا يتصور الإبراء عن العين. وبيع العقار والعروض بالقليل والكثير جائز، وكذا بيع الذهب بالفضة لعدم الربا لاختلاف الجنس. وفى الأثر أن تماضر امرأة عبد الرحمن بن عوف صالحها ورثته عن ربع ثمنها على ثمانين ألف دينار، وقيل على ثلاثة وثمانين ألفاً، بمحضر من الصحابة. وروى عن ابن عباس رضى الله عنهما أنه قال يتخارج أهل الميراث، أى يخرج بعضهم بعضاً بطريق الصلح. ولا يشترط أن تكون أعيان التركة معلومة، لأنه لا يحتاج فيها إلى التسليم، وبيع ما لا يعلم قدره فيه جائز» (الزيلعى٥ ص٩: -٩٠- وانظر أيضاً تكملة فتح القدير٧ ص٥٢).

(٢) وقد قضت محكمة الاسكندرية الابتدائية المختلطة بأنه إذا ظهر من ظروف الأحوال أن عقد التخارج لم يكن الغرض منه صلحاً لوضع حد للنزاع الموجود، فلا يعتبر إلا نزولا من أحد الورثة عن حصته الشائعة فى الميراث فى مقابل شئ معين بقصد الخروج من الشيوع (١٦ إبريل سنة ١٩٢١ جازيت ١١ رقم ٢٥٩ ص١٨٣). انظر أيضاً بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٥٥ ص٤٥٣، ويشترطون حتى يكون التخارج قسمة طبقاً للقضاء الفرنسى أن يكون من شأنه إفراز حصة كل من الورثة لا حصص بعضهم دون بعض.

أولاً– من حيث نقل الملكية: لا ينقل التخارج ملكية مال التركة إلى الوارث الخارج، بل يتكشف الأمر عن أن الوارث الخارج يملك هذا المال مفرزاً منذ البداية عن طريق الميراث. ولما كان هذا الأثر الكاشف لا حاجة فيه إلى التسجيل فيما بين الطرفين، فان التخارج لا يسجل لإنتاج أثره فيما بين الورثة، وإن كان التسجيل ضرورياً لإنتاج أثره بالنسبة إلى الغير[1]. ويترتب على الأثر الكاشف أيضاً أن جميع الحقوق العينية التى يكون الوارث الخارج قد رتبها على الأموال الأخرى للتركة تسقط، حتى لو كانت قد سجلت أو قيدت قبل إجراء التخارج. إذ يعتبر الوارث لم يملك شيئاً من هذه الأعيان منذ البداية، فيكون تصرفه تصرفاً صادراً من غير مالك، فلا ينفذ إلا باجازة باقى الورثة[2].

ثانياً– من حيث التزامات الطرفين: لا تكون التزامات المتبايعين، بل هى التزامات المتصالحين أو المتقاسمين. فلا يلتزم الوارث بنقل ملكية الأعيان إلى الورثة، إذ يعتبرون مالكين لها منذ البداية. ولا يلتزم الورثة بنقل ملكية المال الذى أخذه الوارث الخارج من التركة، إذ يعتبر مالكا له هو أيضاً منذ البداية كما قدمنا.

ثالثاً– بالنسبة إلى الغير: لا يعتبر باقى الورثة هنا من الغير، إذ هم الذين تعاقدوا مع الوارث الخارج صلحاً أو قسمة[3]. أما دائنو التركة فيبقون دائنين لها، ولهم أن يرجعوا بديونهم على الوارث الخارج بقدر ما أخذ من أموال التركة، ولكن يكون للوارث الخارج فى هذه الحالة الرجوع على بقية الورثة بما دفعه من ديون التركة، لأنهم تصالحوا معه أو تقاسموا على أساس أن حصته الصافية من التركة بعد استنزال الديون هى ما أخذه من المال. أما مدينو التركة فيكونون مدينين لبقية الورثة، كل بقدر حصته فى الميراث، ولا شئ من هذه الديون للوارث الخارج فهو قد أخذ نصيبه من التركة ولم يدخل فيه شئ من هذه الديون[4]. وأما الخلف الخاص، ممن ترتب لهم حق عينى على الأموال الأخرى للتركة

(١) وتسجيل عقد التخارج لينتج أثره نحو الغير واجب، سواء كان ذلك فى عهد التقنين الجديد أو فى عهد التقنين السابق. ويسبق هذا التسجيل تسجيل إشهاد الوراثة (الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٥٢). أما فى فرنسا فالعقود الكاشفة – ومنها التخارج – لا تخضع للتسجيل حتى فى إنتاج أثرها فى حق الغير (بودرى وسينيا فقرة ٩١١).

(٢) وكذلك إذا تصرف الوارث فى منقولات التركة ثم تخارج سقطت تصرفاته، هذا ما لم يكن قد سلم المنقول لمشتر حسن النية فيملكه عندئذ بالحيازة (بودرى وسينيا فقرة ٩١٢).

(٣) أما كيف يوزع باقى التركة على بقية الورثة، وكيف تبين سهام كل وارث بما فيهم الوارث الخارج، ثم تسقط سهام هذا الوارث فى نظير ما تخارج عليه ويقسم الباقى من التركة على السهام الباقية، فانظر فى كل ذلك الأستاذ محمد أبو زهرة فى أحكام التركات والمواريث ص٢٦٦ وما بعدها، وليس هنا موضع بحثها.

(٤) لكن إذا دفع مدين التركة للوارث الخارج شيئاً من الدين الذى عليه كان هذا الدفع مبرئاً للذمة إذا كان بحسن نية، لأنه يكون قد دفع للدائن الظاهر (بودرى وسينيا فقرة ٩١٣). أما إذا أعلن التخارج للمدين، فلا يعود دفعه للوارث الخارج مبرئاً للذمة.

من عقار أو منقول أو دين من جهة الوارث الخارج أو تصرف لهم الوارث الخارج فى حصته كمجموع من المال، فهؤلاء تسقط حقوقهم بموجب الأثر الكاشف على النحو الذى قدمناه، حتى لو كانوا قد سجلوا أو قيدوا عقود التصرفات الصادرة إليهم قبل التخارج.

١٤١– الفرق بين التخارج كصلح والتخارج كقسمة: ويختلف حكم التخارج إذا كان صلحاً عن حكمه إذا كان قسمة من وجهين:

(الوجه الأول) فى الضمان: ففى الصلح لا يضمن الوارث الخارج حتى صفته كوارث، إذ هو يدعى الوراثة وينازعه الورثة فى ذلك، ثم يتصالحون على التخارج. فالتخارج هنا صلح لحسم النزاع، فلا يجوز أن يتجدد النزاع بعد ذلك. أما فى القسمة، فالوارث الخارج يضمن صفته كوارث على النحو الذى بيناه فى بيع التركة. ويضمن الوارث الخارج أعماله الشخصية، سواء كان التخارج صلحاً أو قسمة.

(الوجه الثانى) فى الغبن: ففى الصلح لا يرجع الوارث الخارج بدعوى الغبن على الورثة بدعوى أن المقابل الذى أخذه من مال التركة قليل، فان التخارج صلح ولا يستحق الوارث الخارج إلا هذا المقابل قل أو كثر[1]. أما القسمة، فيجوز نقضها إذا لحق أحد المتقاسمين غبن يزيد على الخمس[2]، على أن تكون العبرة فى التقدير بقيمة التركة وقت القسمة. فإذا أخذ الخارج أو غيره من الورثة مالا أقل من قيمة حصته بما يزيد على الخمس، كان له نقض القسمة، ولبقية الورثة منع نقض القسمة باكمال الحصة الناقصة، ويجب رفع دعوى نقض القسمة فى خلال السنة التالية لوقوع التخارج (م٨٤٥مدنى).

المطلب الثالث

صلاحية المبيع للتعامل فيه

١٤٢– متى يكون الشئ صالحا للتعامل فيه: يكون الشئ صالحاً للتعامل فيه فيصح أن يكون محلا للبيع، إذا كانت طبيعته أو الغرض الذى خصص له لا يأبى ذلك، وكان التعامل فيه مشروعاً، أو غير ممنوع لا بنص فى القانون ولا لمخالفته للنظام العام أو الآداب. وقد نصت المادة ٨١ مدنى على أن «١– كل شئ غير خارج عن التعامل بطبيعته أو

(١) استئناف مختلط ٥ ديسمبر سنة ١٨٨٩ م٢ ص٤٦– ٢١ يونيه سنة ١٩٠٣ م١٥ ص٣٥٠ – ٢٥ مارس سنة ١٩٢٢ م٣٤ ص٢٦١– الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٥٠ ص٤٧٥.

(٢) انظر أيضاً فى جواز إبطال التخارج للغلط أو التدليس أو الاكراه، قسمة كان أو صلحاً: استئناف مختلط ١١ يونيه سنة ١٩٠٣ م١٥ ص٣٥٠– ٢٥ مارس سنة ١٩٢٢ م٣٤ ص٢٦١ (وهما الحكمان السابق الإشارة إليهما).

بحكم القانون يصح أن يكون محلا للحقوق المالية. ٢- والأشياء التى تخرج عن التعامل بطبيعتها هى التى لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها، وأما الخارجة بحكم القانون فهى التى لا يجيز القانون أن تكون محلا للحقوق المالية». ونصت المادة ١٣٥ مدنى على أنه «إذا كان محل الالتزام مخالفاً للنظام العام أو الآداب، كان العقد باطلا».

ويمكن أن نستخلص من هذه النصوص أن الشئ لا يكون صالحاً للتعامل فيه، فلا يصح أن يكون محلا للبيع، إذا أبت طبيعته ذلك أو كان التعامل فيه غير مشروع.

١ – عدم الصلاحية للتعامل راجع إلى طبيعة الشئ

١٤٣ – التوسع فى فهم معنى طبيعة الشئ: يجب أن نتوسع فى فهم معنى «طبيعة الشئ». فقد يكون عدم الصلاحية للتعامل راجعاً إلى طبيعة الشئ المادية، أو لأن الشئ متصل بالشخص بحكم طبيعته القانونية أو الاتفاقية، أو بالنظر إلى الغرض الذى خصص له الشئ.

١٤٤ – عدم الصلاحية للتعامل راجع لطبيعة الشئ المادية: فالشئ لا يصلح للبيع إذا كان بحكم طبيعته المادية يستعصى على التعامل فيه. وقد قدمنا فى الجزء الأول من الوسيط[١] أن الشئ لا يكون قابلا للتعامل فيه بطبيعته إذا كان لا يصلح أن يكون محلا للتعاقد، كالشمس والهواء والبحر. فإذا أصبح التعامل ممكناً فى بعض النواحى جاز، فأشعة الشمس يحصرها «الفوتوغرافى»، والهواء يستعمله الكيمائى، والبحر يؤخذ من مائه ما يصح أن يكون محلا للامتلاك. أما إذا كان الشئ يمكن التعامل فيه ولكن لا مالك له، فهو مال مباح، كالطير فى الهواء والسمك فى البحر، ويملكه من يستولى عليه وعندئذ يستطيع أن يتعامل فيه.

١٤٥ – عدم الصلاحية للتعامل راجع لاتصال الشئ بالشخص: وقد لا يصلح الشئ للبيع لأنه متصل بشخص صاحبه بحكم طبيعته القانونية اتصالا لا يمكن معه الفكاك. مثل ذلك حق الاستعمال وحق السكنى، فقد نصت المادة ٩٩٧ مدنى على أنه «لا يجوز النزول عن حق الاستعمال أو عن حق السكنى إلا بناء على شرط صريح أو مبرر قوى».

وقد يكون اتصال الشئ بالشخص بحكم طبيعته الاتفاقية، بأن يقع اتفاق يجعل الشئ متصلا بشخص صاحبه لا يجوز له التصرف فيه. فإذا تلقى شخص هبة أو وصية، واشترط الواهب أو الموصى ألا يتصرف الموهوب له أو الموصى له فى الشئ، فقد جعل الشرط الشئ متصلا بالشخص بحيث لا يجوز له النزول عنه إلى شخص آخر. ويكون هذا الشرط صحيحاً إذا كان مبنياً على باعث مشروع، ومقصوراً على مدة معقولة. فقد نصت المادة

(١) الوسيط جزء أول فقرة ٢٢٧.

٨٢٣ مدنى على أنه «١- إذا تضمن العقد أو الوصية شرطاً يقضى بمنع التصرف فى مال، فلا يصح هذا الشرط ما لم يكن مبنياً على باعث مشروع ومقصوراً على مدة معقولة. ٢- ويكون الباعث مشروعاً متى كان المراد بالمنع من التصرف حماية مصلحة مشروعة للمتصرف أو للمتصرف إليه أو للغير. ٣- والمدة المعقولة يجوز أن تستغرق مدى حياة المتصرف أو المتصرف إليه أو الغير». ونصت المادة ٨٢٤ مدنى على أنه «إذا كان شرط المنع من التصرف الوارد فى العقد أو الوصية صحيحاً طبقاً لأحكام المادة السابقة، فكل تصرف مخالف له يقع باطلا»[١].

١٤٦ – عدم الصلاحية للتعامل راجع للغرض الذى خصص له الشئ: وقد قدمنا فى الجزء الأول من الوسيط[٢] أن الشئ قد يكون غير قابل للتعامل فيه بالنظر إلى الغرض الذى خصص له. فالأملاك العامة لا يصح بيعها لأنها مخصصة لمنفعة عامة[1]، فلا يجوز التصرف فيها أو الحجز عليها أو تملكها بالتقادم (م٢/٨٧ مدنى). والمال الموقوف يقتضى الغرض الذى خصص له عدم جواز التصرف فيه. وعدم الصلاحية للتعامل هنا نسبى فالملك العام والمال الموقوف إذا كانا لا يصلحان للتصرف فيهما، فهما يصلحان للإيجار والمرجع فى هذا إلى الغرض الذى خصص الشئ له، فكل تعامل يتنافى مع هذا الغرض لا يجوز، أما التعامل الذى لا يتنافى معه فهو جائز.

٢ – عدم الصلاحية للتعامل راجع إلى عدم المشروعية

١٤٧ – المبدأ العام: قد يكون الشئ غير صالح للبيع لأن التعامل فيه غير مشروع. وقد قدمنا فى الجزء الأول من الوسيط[٣] أن عدم المشروعية يرجع إما إلى نص فى القانون أو إلى مخالفة التعامل للنظام العام أو الآداب[2]، وأن نص القانون الذى يمنع من التعامل

(١) وتذاكر الأياب، وتذاكر المجاملة للمسارح والملاهى ونحوها، وعينات الأدوية التى ترسل للأطباء المفروض فيها اتفاق ضمنى على أنها شخصية لا يجوز لصاحبها أن يبيعها (الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٧٥).

(٢) الوسيط جزء أول فقرة ٢٢٧.

(٣) الوسيط جزء أول فقرة ٢٢٧ ص٣٩٨.

(1) متى كان العقد قد تناول التصرف فى ارض كانت قد اكتسبت صفة المال العام قبل صدوره فا[نه] يكون باطل بطلانا مطلقا متعلقا بالنظام العام وفى هذه الحالة لا يعذر المشترى الحائز بجهله عيوب سنده.

(١٩٦٧/٤/٢٧ مجموعة أحكام النقض السنة ١٨ ص٨٧٩).

(2) أ– اثبات أن عقد البيع قصد به اخفاء رهن مقترن بفوائد ربوية يحرمها القانون مراعاة للنظا[م] العام هو أمر جائز اثباته بكافة الطرق سواء صور عقد البيع الظاهر بأنه بات أم وفائى. =

يكون مبنياً على اعتبارات ترجع هى أيضاً إلى النظام العام أو الآداب. ويكون الغرض م إيراد النص إما لتوضيح حكم غامض كما فى تحريم التعامل فى تركة مستقبلة، وإما لتحدي حكم غير محدد كما في تحديد الربا الفاحش، وإما لتحريم تقتضيه ظروف البلد الخاص كما فى تحريم بيع الوفاء وكما في الاتجار فى الحشيش والمخدرات، وهو على كل حال دليل على عناية المشرع بالأمر فآثر أن يورد له نصاً. فيمكن القول إذن إن البيع يكون غي مشروع إذا كان مخالفاً للنظام العام أو للآداب، سواء ورد نص فى القانون بتحريمه أو لم ير (م١٣٥ مدنى).

وقد عرفنا ما هو النظام العام وما هى الآداب[١]، فلا نعود إلى ذلك.

١٤٨ – تطبيقات مختلفة: ونكتفى هنا بأن نشير إلى بعض أمثلة لبيوع تخالف النظا العام أو الآداب، وقد سبق أن استعرضناها تفصيلا[٢]. فلا يجوز لأحد النزول عن حريته الشخصية، ولا يجوز لناخب أن يبيع صوته لمرشح، ولا يجوز لموظف عام أن يبيع وظيفته أو أن ينزل عنها لأحد، ولا يجوز النزول عن الجنسية أو الاسم أو البنوة أو الأبوة أو الأهلية أو الولاية. ولا يجوز بيع بيت يدار للعهارة أو القمار، أو شراء مفروشات له. ولا يجوز بيع الرتب والأوسمة والعملة الزائفة. ولا يجوز بيع الإنسان على أنه رقيق.

وكثيراً ما تنص القوانين واللوائح على عدم جواز بيع أشياء معينة أو على تقييد بيعها لاعتبارات تتصل بالمصلحة العامة، كالصحة والدفاع الوطنى، كما فى بيع الحشيش والمخدرات والجواهر السامة والحيوانات المربوءة والأسلحة[٣].

=(جلسة ١٩٥٥/١٢/٢٢ مجموعة القواعد القانونية بمحكمة النقض– ١٨٢– ٣٧٤)
(جلسة ١٩٥٣/١/٨ مجموعة القواعد القانونية بمحكمة النقض – ١٧٨– ٣٧٤)
(جلسة ١٩٥١/١١/٢٢ مجموعة القواعد القانونية بمحكمة النقض – ١٧٩– ٣٧٤)

ب– يشترط لصحة عقد البيع أن يكون التعامل غير محظور لأمر يتعلق بالنظام العام أو الآداب ومؤدى نص المادة ٣ من القانون رقم ١٢٧ لسنة ١٩٥٥ أنه عقد بيع الصيدلية– وهو عقد ناقل للملكية بطبيعته. إلى غير صيدلي باطل بطلانا مطلقا لمخالفته للنظام العام، كما أن بيع الصيدلية إلى صيدلى موظف أو صيدلى يملك صيدليتين أخريين يعتبر كذلك باطل بطلانا مطلقا لمخالفته للنظام العام وإذ كان عقد البيع محل النزاع تضمن بيع محل تجارى (صيدلية) بكافة مقوماته المادية والمعنوية، وكان الثابت تملك الطاعن صيدلتين أخريين خلاف الصيدلية المبيعة محل النزاع، فان الحكم المطعون فيه إذا اعتبر عقد البيع المشار إليه باطل بطلانا مطلقا يكون قد صادف صحيح القانون.
(جلسة ١٩٨٠/٤/٢٤ الطعن ٣٨٥ لسنة ٤٤ق)

(١) الوسيط جزء أول فقرة ٢٢٨.
(٢) الوسيط جزء أول فقرة ٢٢٩ – فقرة ٢٤١.
(٣) انظر فى هذه المسألة الأستاذين أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى ص١٣٤– ص١٣٦– الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٤٩– فقرة١٥٠– الأستاذ محمد كامل مرسى ص١٢٤– ص١٢٥.

١٤٩– بيع التركة المستقبلة وبيع الحقوق المتنازع فيها لعمال القضاء-احالة: و عرضنا لمسألتين من هذه المسائل بالتفصيل، إحداهما في الجزء الأول من الوسيط[١] وه بيع التركة المستقبلة(1)، والأخرى فى هذا الجزء الرابع[٢] وهى بيع الحقوق المتنازع في إلى عمال القضاء(2). فنقتصر هنا على الإحالة إلى ما قدمناه فى هذا الشأن.

١٥٠– بيع العملاء: بقى أن نبحث صورة أخيرة من صور البيع غير المشروع ف حاجة إلى شئ من البيان، وهى صورة بيع العملاء (clientèle). فللشخص فى حرفته في تجارته أو فى مهنته الحرة عملاء ألفوا التعامل معه، فهل يجوز له أن ينزل عن هؤلا العملاء لغيره من أصحاب حرفته أو تجارته أو مهنته، فيكون هذا النزول إذا كان بمقابل بمثابة بيع للعملاء؟

لا يوجد نص تشريعى فى هذه المسألة، إلا النص الوارد فى القانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٠ الخاص ببيع المحال التجارية ورهنها. فقد نصت المادة الأولى من هذا القانون على أنه «يجب أن يحدد فى عقد البيع ثمن مقومات المحل التجارى غير المادية والمهمات والبضائع كل منها على حدة». ومقومات المحل التجارى غير المادية – كما تقول المذكرة الإيضاحية لهذا القانون – هى عنوان المحل (enseigne)، واسمه التجارى (nom com-mercial)، والحق فى اجارة المحل (droit au bail)، والاتصال بالعملاء (clientèle)، والسمعة التجارية (achalandage)، والرخص وبراءات الاختراع والعلامات التجارية (propriété industrielle). ونرى من ذلك أن الاتصال بالعملاء يدخل فى مقومات المحل التجارى، ويكون أحد عناصره التى تدخل فى البيع. ولكن يلاحظ أن صاحب المحل التجارى لا يبيع حق الاتصال بالعملاء على سبيل الاستقلال، بل تبعاً للمحل التجارى ذاته. أما بيع حق الاتصال بالعملاء على سبيل الاستقلال فلا يجوز، وان جاز أن يتعهد بائع المحل التجارى استقلالا ألا ينافس المشترى فى هؤلاء العملاء وألا يفتح متجراً فى

---

(١) الوسيط جزء أول فقرة ٢١٧.
(٢) انظر آنفاً فقرة ١٠٩– فقرة ١١٣.
(1) لا يجوز قبل وفاة أى انسان الاتفاق على شئ يمس بحق الارث عنه سواء من جهة ايجاد ورثة غير من لهم الميراث شرعا أو من جهة الزيادة أو النقص فى حصصهم الشرعية أو من جهة التصرف فى حق الارث قبل انفتاحه لصاحبه واستحقاقه اياه، جميع هذه الاتفاقات وما شابهها مخالف للنظام العام.
(جلسة ١٩٣٤/٦/١٤ مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض فى الـ٢٥ عاما قاعدة ٣٩ ص١٠٠٤)
(2) جزاء حظر بيع الحقوق المتنازع فيها لعمال القضاء والمحامين هو البطلان المطلق الذى يقوم على اعتبارات تتصل بالنظام العام.
(جلسة ١٩٨٠/٥/١٥ الطعن ٨٧ لسنة ٤٧ق س٣١ ص١٣٧٣)

مكان يكون من شأنه جذب هؤلاء العملاء إليه، وذلك بالقدر الضرورى لحماية المتجر المبيع.

وكذلك بيع عملاء الحرفة كعملاء النجار والحداد والخراط والمقاول، وعملاء المهنة الحرة كعملاء الطبيب والمحامى والمهندس والمحاسب، على سبيل الاستقلال، لا يجوز. ولكن، قياسا على بيع عملاء المتجر، يجوز بيع عملاء الحرفة وعملاء المهنة الحرة تبعا لبيع محل الحرفة ذاته أو المكان الذى تباشر فيه المهنة الحرة. فيجوز للطبيب مثلا أن يبيع عيادته بما فيها من أجهزة ومهمات وأدوات، وبما تشتمل عليه من حق فى إجارة المكان، وبمن يتصل بها من العملاء. وللمحامى أو المهندس أن يبيع مكتبه على هذا النحو. بل إن مجرد بيع المتجر أو العيادة أو المكتب يفترض فيه أن حق الاتصال بالعملاء يدخل عنصراً فى البيع.

وقد تردد القضاء الفرنسى فى الأخذ بذلك، وكان قبلا يميز بين المتاجر والمهن الحرة، على أساس أن عملاء المهن الحرة – كعملاء الطبيب والمحامى والمهندس – إنما يختارون من يعاملونه على مقتضى اعتبارات تقوم على الثقة الشخصية، فلا يجوز أن يشملهم بيع العيادة أو المكتب(١). ولكن هذا القضاء استقر أخيراً على عدم التمييز بين المتاجر والمهنة الحرة، فان الثقة الشخصية تقوم فى الحالتين ما بين العملاء ومن يعاملونه. على أن الطبيب أو المحامى إذا أدخل العملاء محل اعتبار فى بيع عيادته أو مكتبه، فانه لا يبيع هؤلاء العملاء ويتصرف فيهم كما يتصرف فى السلع والمهمات. ولكنه يدخلهم فى حساب قيمة العيادة أو المكتب، فكثرتهم أو قلتهم والاحتمال فى أن كثيراً أو قليلاً منهم يبقون عملاء للعيادة أو المكتب بعد بيعه، كل هذا من شأنه أن يزيد أو ينقص من قيمة المبيع. والطبيب أو المحامى إنما يقدم فى الواقع من الأمر خلفه لهؤلاء العملاء ويوصيهم بالتعامل معه، ويتعهد من جانبه إلا ينافس هذا الخلف منافسة غير مشروعة بأن يمتنع عن فتح عيادة أو مكتب جديد يجذب إليه فيه هؤلاء العملاء. وليس فى شئ من هذا – تقديم الخلف للعملاء والتعهد بعدم المنافسة – أمر غير مشروع(٢).

---

(١) انظر أحكام القضاء الفرنسى فى بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٣١ ص٤٢٣ هامش رقم ٣.

(٢) نقض فرنسى ١٣ مايو سنة ١٨٦١ داللوز ٦١–١–٣٢٦. وانظر أحكاما أخرى فى بلانيول وريبير وهامل ١٠ ص٤٢٤ هامش رقم ١ – وانظر سافاتييه Savatier فى انتقال عملاء المهن الحرة سنة ١٩٣٣ – روبييه Roubier فى الحقوق المعنوية والحقوق المتعلقة بالعملاء فى المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٣٩ ص٢٥١ – وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن البائع يعتبر أنه قد وفى بتعهده إذا هو قام باعلان التنازل إلى عملائه، ولا يحكم عليه بتعويض إذا رفض العملاء معاملة المشترى، هذا ما لم يتعهد البائع بضمان استمرارهم على معاملته. وإذا اتضح أن سبب انقطاع العملاء عن الشراء من المحل هو زيادة الأثمان عليهم، فلا مسئولية على البائع (٢٦ يناير سنة ١٨٩٩ م١١ ص٢٩١). وقضت أيضاً بأنه لا يجوز للبائع انتزاع العملاء من المشترى بمنافسة غير مشروعة (٧ ديسمبر سنة ١٩٢١ م٣٤ ص٤٢).

ويخلص مما قدمناه أن بيع العملاء على سبيل الاستقلال لا يجوز(١)، والجائز أن يدخل حق الاتصال بالعملاء عنصراً تابعاً من عناصر المتجر أو العيادة أو المكتب عند بيعه(٢).

المطلب الرابع
ملكية البائع للشئ المبيع

١٥١– يجب أن يكون الشئ المبيع مملوكا للبائع: لما كان البائع ينقل ملكية المبيع إلى المشترى، فقد وجب أن يكون مالكا له حتى ينقل ملكيته، لأنه إذا لم يكن مالكا لم يستطع نقل الملكية، وفاقد الشئ لا يعطيه(٣).

ولا يمنع البائع من أن يكون مالكا للشئ أن يكون قبل البيع قد أجره أو رهنه، فبيع الشئ المؤجر والشئ المرهون جائز، وإنما ينتقل الشئ إلى المشترى وينتقل معه حق المستأجر أو حق الدائن المرتهن.

أما إذا صدر البيع من غير المالك، فهذا هو بيع ملك الغير، وهو بيع قابل للإبطال. وقد يكون البائع مالكا ولكن يخالطه ملكيته حق الشركاء وذلك فى بيع المال الشائع، أو حق الورثة وذلك فى بيع المريض مرض الموت، أو حق الدائنين وذلك فى بيع الوارث لعين فى التركة قبل سداد ديونها وفى بيع المحجور عليه والمعسر، أو حق الدولة وذلك فى بيع الأراضى الزراعية وفقاً لأحكام قانون الإصلاح الزراعى.

---

(١) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٣٤– بلانيول وريبير وبولانجيه٢ فقرة ٢٣٥٨– كولان وكابيتان ٢ فقرة ٨٦٣– أنسيكلوبيدى داللوز٥ لفظ vente فقرة ٣١٢– فقرة ٣٢٠ – وقارن بودرى وسينيا فقرة ١٠٣.

(٢) بودرى وسينيا فقرة ١٠٣ – فقرة ١٠٤ – بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٣٣– فقرة ٣٣٤ (سواء صدر البيع من صاحب المتجر أو العيادة أو المكتب أو صدر من ورثته) بلانيول وريبير وبولانجيه٢ فقرة ٢٣٥٨ – كولان وكابيتان٢ فقرة ٨٦٣– وانظر فى الفقه المصرى: الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٢٧ – الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٧٦– الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٩٢– الأستاذ جميل الشرقاوى فقرة ٣٩– فى الفقه العراقى: الأستاذ حسن الزنون فقرة ١٠٩ – الأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٢٣٧ – فقرة ٢٤٣.

(٣) ويتفرع على ذلك أنه إذا تبين أن المشترى كان يملك المبيع قبل أن يشتريه ثم اشتراه، فشراؤه باطل لأنه لا يستطيع أن يشترى ملكه. وقد قضت محكمة مصر الوطنية بأنه إذا حكم بملكية شخص لعين متنازع عليها، وكان المحكوم له قد اشترى هذه العين من المحكوم ضده، فالبيع باطل لوقوعه على عين هى ملك المشترى (٤ يناير سنة ١٩٢٣ المجموعة الرسمية٢٥ رقم ١/١٥/ص١٩).

فنبحث إذن: (١) بيع ملك الغير (٢) بيع المال الشائع (٣) بيع المريض مرض الموت (٤) بيع الوارث لعين التركة قبل سداد ديونها (٥) بيع المحجوز عليه والمعسر (٦) بيع الأراضى الزراعية فى قانون الإصلاح الزراعى.

١ – بيع ملك الغير

(La vente de la chose d'autrui)

١٥٢ – النصوص القانونية: تنص المادة ٤٦٦ من التقنين المدنى على ما يأتى:

«١ – إذا باع شخص شيئاً معيناً بالذات وهو لا يملكه، جاز للمشترى أن يطلب إبطال البيع. ويكون الأمر كذلك ولو وقع البيع على عقار، سجل العقد أو لم يسجل».

«٢ – وفى كل حال لا يسرى هذا البيع فى حق المالك للعين المبيعة ولو أجاز المشترى العقد».

وتنص المادة ٤٦٧ على ما يأتى:

«١ – إذا أقر المالك البيع، سرى العقد فى حقه، وانقلب صحيحاً فى حق المشترى».

«٢ – وكذلك ينقلب العقد صحيحاً فى حق المشترى إذا آلت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور العقد».

وتنص المادة ٤٦٨ على ما يأتى:

«إذا حكم للمشترى بإبطال البيع، وكان يجهل أن المبيع غير مملوك للبائع، فله أن يطالب بتعويض ولو كان البائع حسن النية»[١].

---

(١) **تاريخ النصوص:**

م٤٦٦: ورد هذا النص فى المادة ٦٣٢ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق مع ما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد، فيما عدا بعض فروق لفظية طفيفة. وأقرته لجنة المراجعة بعد إزالة هذه الفروق، وأصبحت المادة رقمها ٤٩٣ فى المشروع النهائى. ووافق عليها مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٦٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص١٨٣ – ص١٨٤ وص١٨٦ – ص١٨٨).

م٤٦٧: ورد هذا النص في المادة ٦٣٣ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد. وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٤٩٤ من المشروع النهائى. ووافق عليه مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٦٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص١٩٠ – ص١٩١).

م٤٦٨: ورد هذا النص فى المادة ٦٣٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد. وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٤٩٥ من المشروع النهائى. ووافق عليه مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٦٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية٤ ص١٩٢ وص١٩٤).

وتقابل هذه النصوص فى التقنين المدنى السابق المواد ٢٦٤/٣٣٣ و٢٦٥/٣٣٤ و٣٣٥ مختلط[١].

وتقابل هذه التقنينات المدنية العربية الأخرى: فى التقنين المدنى السورى المواد ٤٣٤- ٤٣٦ – وفى التقنين المدنى الليبى المواد ٤٥٥- ٤٥٧- وفى التقنين المدنى العراقى المادتين ١٣٥- ١٣٦- وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٣٨٥[٢].

---

(١) **التقنين المدنى السابق م٢٦٤/٣٣٣:** بيع الشئ المعين الذى لا يملكه البائع باطل، إنما يصح إذ أجازه المالك الحقيقى.

م٢٦٥/٣٣٤: إذا باع أحد شيئاً على أنه مملوك له، ثم تبين بعد انعقاد البيع عدم ملكيته للمبيع، جاز للمشترى أن يطلب منه تضمينات إذا كان معتقداً وقت البيع صحة ملكية البائع.

م٣٣٥ مختلط: إذا تعهد غير المالك بنقل ملكية شئ معين والانتفاع به لآخر بثمن معين، يحكم فى التعهد بالتطبيق للقواعد العامة المقررة للتعهدات الاتفاقية.

(والأحكام واحدة في التقنينين السابق والجديد، غير أن نصوص التقنين الجديد أكثر إحاطة، على أن نصوص التقنين السابق هي بدورها أكثر وضوحا من نصوص التقنين المدنى الفرنسي المقتضبة فى هذه المسألة. ولم ينقل التقنين المدنى الجديد المادة ٣٣٥ مختلط لأنها مجرد تطبيق للقواعد العامة، وقد أغفلها التقنين الوطنى من قبل: المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص١٩٣ – ص١٩٤).

(٢) **التقنينات المدنية العربية الأخرى: التقنين المدني السورى م٤٣٤- ٤٣٦** (مطابقة للمواد ٤٦٦- ٤٦٨ من التقنين المدنى المصرى، وانظر في القانون المدنى السورى الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٢٥٤ – فقرة ٢٧٧).

التقنين المدنى الليبى م٤٥٥ – ٤٥٧ (مطابقة للمواد ٤٦٦- ٤٦٨ من التقنين المدنى المصرى).

التقنين المدنى العراقي م١٣٥: ١- من تصرف فى ملك غيره بدون إذنه، انعقد تصرفه موقوفاً على إجازة المالك. ٢- فإذا أجاز المالك تعتبر الإجازة توكيلا، ويطالب الفضولي بالبدل إن كان قد قبضه من العاقد الآخر. ٣- وإذا لم يجز المالك تصرف الفضولي، بطل التصرف، وإذا كان العاقد الآخر قد أدى للفضولي البدل فله الرجوع عليه به، فإن هلك البدل في يد الفضولي بدون تعد منه، وكان العاقد الآخر قد أداه عالماً أنه فضولي، فلا رجوع له بشئ منه. ٤- وإذا سلم الفضولي العين المعقود عليها لمن تعاقد معه، فهلكت في يده بدون تعد منه، فللمالك أن يضمن قيمتها أيهما شاء. فإذا اختار تضمين أحدهما سقط حقه في تضمين الآخر.

م١٣٦: ١- إجازة العقد الموقوف تكون صراحة أو دلالة، وتستند إلى الوقت الذى تم فيه العقد ويشترط في صحتها وجود من يملكها وقت صدور العقد، ولا يشترط قيام العاقدين أو المالك الأصلي أو المعقود عليه وقت الإجازة. ٢- ويجب أن يستعمل خيار الإجازة أو النقض خلال ثلاثة أشهر، فإذ لم يصدر في هذه المدة ما يدل على الرغبة فى نقض العقد اعتبر نافذاً. ٣- ويبدأ سريان المدة... وإذ كان سبب التوقف انعدام الولاية على المعقود عليه، فمن اليوم الذى يعلم فيه المالك بصدور العقد.

(والتقنين المدنى العراقى سار فى هذه المسألة على قواعد الفقه الإسلامي: فبيع الفضولي- أى بيع ملك الغير – موقوف على إجازة المالك. وقد نقل التقنين العراقى أحكام العقد الموقوف فى الفقه =

١٥٣ – تحديد منطقة بيع ملك الغير: ويخلص من النصوص المتقدمة أن بيع شخص لشئ معين بالذات وهو لا يملكه – وهذا ما يسمى بيع ملك الغير – عقد قابل للابطال لمصلحة المشترى. وقبل أن نؤصل هذا البطلان ونبين أحكام البيع على هذا الوجه، نحدد أولا المنطقة التى ينحصر فيها بيع ملك الغير.

١٥٤ – ما يخرج من منطقة بيع ملك الغير: فبيع ملك للغير لابد أن يكون بيعاً لعين معينة بالذات ليست مملوكة للبائع. فيخرج إذن من منطقة بيع الغير العقود الآتية:

أولا– بيع الشئ غير المعين بالذات وبيع الشئ المستقبل: فإذا باع شخص مائة أردب من القمح، وكذلك إذا باع شخص شيئاً لم يوجد بعد ولكنه سيوجد فى المستقبل، لم يكن هذا بيعاً لملك الغير، ولو أن البائع وقت أن باع لم يكن مالكاً للمبيع. ذلك أن المبيع لم يعين بذاته، فلا يمكن أن يقال إن البائع مالك له أو غير مالك، ولا يقال ذلك إلا عندما يتعين بالذات. أما فى هذه المرحلة، والمبيع لم يتعين بالذات، فان البائع يقتصر على الالتزام بنقل ملكية المبيع وهو قابل للتعيين. وعلى البائع تعيينه إذا كان موجوداً، أو إيجاده إذا كان لم يوجد، ثم ينقل ملكيته للمشترى(١).

=الإسلامى بعد إدخال تعديلات هامة جعلت هذه القواعد أكثر مسايرة لقواعد الفقه الغربى الحديث. ويختلف فى ذلك عن التقنين المصرى، ففى هذا التقنين الأخير بيع ملك الغير قابل للإبطال. وقد ساعد التقنين العراقى على الأخذ بهذه الأحكام، التى تفضل من بعض الوجوه أحكام التقنين المصرى وبخاصة فيما يتعلق بأن العقد موقوف لا قابل للإبطال، أن التقنين العراقى قد أخذ بنظرية البطلان كما فى الفقه الإسلامى لا فى الفقه الغربى الحديث، وهى نظرية تفضل الفقه الغربى: أنظر فى ذلك مصادر الحق فى الفقه الإسلامى للمؤلف الجزء الرابع فى نظرية البطلان – وانظر فى بيع الفضولى فى القانون المدنى العراقى الأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٦٤٢– فقرة ٦٤٨، وانظر بوجه خاص فقرة ٦٤٧ حيث ينتقد الأستاذ الصراف نقل المشرع العراقى لنظرية الفقه الإسلامى فى بيع الفضولى، وهذا بالرغم من أن هذه النظرية تفضل نظرية الفقه الغربى كما سبق القول).

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م٣٨٥: بيع مال الغير باطل إلا فى الأحوال الآتية: أولا– إذا كان البيع معيناً بجنسه أو بنوعه فقط. ثانياً– إذا أجازه المالك. ثالثاً– إذا اكتسب فيما بعد حق الملكية على المبيع. أما إذا أبى المالك أن يجيز البيع، فالبائع يضمن بدل العطل والضرر للمشترى إذا كان عالماً بأنه لا يملك المبيع وكان المشترى يجهل ذلك. ولا يجوز للبائع أن يدعى بطلان العقد بحجة أن البيع انعقد على ملك الغير. كل ذلك مع الاحتفاظ بتطبيق أحكام القرار رقم ١٨٨ الصادر من المفوض السامى بتاريخ ١٥ آذار سنة ١٩٢٦. (وهذه الأحكام فى مجموعها تتفق مع أحكام التقنين المصرى، فيما عدا أن التقنين اللبنانى لا يجعل للمشترى الحق فى التعويض إلا إذا كان حسن النية وكان البائع فى الوقت ذاته سيئ النية، أما التقنين المصرى فيشترط حسن نية المشترى دون سوء نية البائع).

(١) استئناف مختلط ١٠ فبراير سنة ١٩٠٩ م٢١ ص١٦٩– ٣٠ مارس سنة ١٩١٥ م٢٧ ص٢٤٩ (يتعهد بأن ينقل للمشترى ملكية شئ غير مملوك له عن طريق الاتفاق مع المالك بأية كيفية) – أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥١ ص٤٢– بودرى وسينيا فقرة ١١٦ ص١٠٥– ص١٠٦– جوسران ٢ فقرة ١٠٤٢ – الأستاذ عبد المنعم البدراوى ص٥٧٥.

ثانياً– تعهد الشخص عن مالك الشئ بأن المالك يبيع الشئ لشخص آخر: فهذا البيع بيع ملك الغير لأن المتعاقد لا يبيع ملك غيره، وانما هو تعهد عن المالك فى أن يبيع، فيكون تعهداً عن الغير(١). وقد بسطنا أحكام هذا الضرب من التعاقد فى الجزء الأول من الوسيط.

ثالثاً– بيع الشئ المعين بالذات غير المملوك للبائع إذا علق البائع البيع على شرط أن يملك المبيع(٢): فالبائع هنا لم يلتزم بنقل ملكية المبيع التزاماً باتاً، بل علق التزامه على شرط واقف هو أن يملك المبيع. وليس هذا بيع ملك الغير، فالبائع والمشترى متفقان على أن البيع ليس بباتّ، بل هو معلق على شرط. فإذا تحقق هذا الشرط، وأصبح البائع مالكاً للمبيع، انتقلت الملكية إلى المشترى وإذا لم يتحقق الشرط سقط البيع(٣).

---

(١) استئناف مختلط ٧ يونيه سنة ١٩٠٠ م١٢ ص٣١٣– بودرى وسينيا فقرة ١٢٢.

(٢) أو على شرط أن تظهر ملكيته بعد فحص مستنداته (استئناف مختلط ١٨ أبريل سنة ١٩١٦ م٢٨ ص٢٥٩).

(٣) فإذا باع شخص شيئاً، وجعل البيع موقوفاً على شرط أن يرسو عليه مزاد هذا الشئ عند بيعه بالمزاد، فإنه إذا رسا المزاد على البائع انتقلت الملكية إلى المشترى، وإلا سقط البيع (استئناف مختلط ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م٣٧ ص٨٩).

وقد يتفق المتعاقدان، لا على بيع معلق على شرط أن يملك البائع المبيع، بل على بيع احتمالى. فالمبيع فى هذه الحالة يكون مجرد احتمال، قد يتحقق بأن يملك البائع المبيع فتنتقل ملكيته للمشترى، وقد لا يتحقق فلا يملك البائع المبيع ولا ينتقل شئ إلى المشترى. ويراعى ذلك بطبيعة الحال فى تحديد الثمن، فيكون الثمن منخفضاً حتى يقابل احتمال عدم تملك البائع للمبيع.

وقد يتفق المتعاقدان، لا على بيع معلق على شرط، بل على أن يعمل أحدهما على أن يكسب ملكية شئ معين بالذات فينقلها للآخر (أنظر ٣٣٥ مختلط). وهنا أيضاً ليس العقد بيعاً لملك الغير، بل هو ليس بيعاً أصلا، لأن المتعاقد لم يلتزم بنقل ملكية، بل التزم أن يقوم بعمل هو كسب الملكية. فإذا ما كسبها، تلى ذلك عقد بيع ينقل هذه الملكية للمشترى. وإذا لم يكسبها، كان مسئولا عن التعويض. وتختلف هذه الصورة عن صورة التعهد عن الغير فى أن المتعهد عن الغير يلتزم بأن يجعل المتعاقد معه يكسب الملكية من الغير رأساً، فلا تنتقل إليه أولا ثم ينقلها هو إلى المشترى (أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥١ ص٤٢– بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٤٦ ص٤٨– كولان وكابيتان ٢ فقرة ٨٦٥ – جوسران٢ فقرة ١٠٤٢ ص٥٤٥ – الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٠٠ ص٣٨٧ – الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٣٣). وتختلف عن صورة بيع الشئ غير المعين بالذات بأن المتعاقد هنا يتعهد بكسب ملكية شئ معين بالذات ثم ينقلها إلى المتعاقد الآخر، أما فى بيع الشئ غير المعين بالذات فالبائع يتعهد بنقل ملكية شئ غير معين بالذات.

ولا يعتبر بيعاً لملك الغير الوعد بالبيع الصادر من غير المالك. بل يصح الوعد فى هذه الحالة، فإذا أظهر الموعود له رغبته فى الشراء، وكان الواعد قد أصبح مالكاً للشئ تم البيع. وإذا لم يكن الواعد قد أصبح مالكاً للشئ وقت ظهور رغبة الموعود له فى الشراء، انقلب الوعد بالبيع بيعاً لملك الغير وكان قابلا للإبطال (الأستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ٣٩٠ ص٥٧٣).

رابعاً– بيع الشئ المعين بالذات المملوك للبائع تحت شرط(1): فهنا البائع لم يبع ملك غيره، بل باع ملك نفسه وإن كان هذا الملك غير بات. فهو إما ملك معلق على شرط واقف فيتوقف وجوده على تحقق الشرط، وإما ملك معلق على شرط فاسخ فيزول إذا تحقق الشرط. وفي كلتا الحالتين ينتقل الملك بوصفه إلى المشترى، فيكون هذا مالكاً للمبيع تحت شرط واقف أو تحت شرط فاسخ، فإذا تحقق الشرط الواقف أو لم يتحقق الشرط الفاسخ أصبحت ملكية المشترى باتة(١). وتختلف هذه الصورة عن الصورة السابقة في أن البيع هنا بات وملكية المبيع هي المعلقة على شرط، أما في الصورة السابقة فالبيع هو المعلق على شرط وملكية المبيع باتة.

خامساً– بيع الشئ الشائع: فهنا يبيع الشخص شيئاً يملكه على الشيوع مع شركاء آخرين، فلا يظهر في البداية أنه يبيع ملك غيره. ولكن يتوقف الأمر على نتيجة القسمة، فان وقع هذا الشئ كله في حصة البائع اعتبر أنه قد باع ملكه، وإن لم يقع في حصته اعتبر بائعاً لملك الغير.

سادساً– بيع الوارث الظاهر: وهذا إذا كان في حقيقته بيعاً لملك الغير لأن الوارث الظاهر لا يملك المبيع(2)، إلا أن هناك اعتبارات ترجع إلى الاستقرار الواجب للتعامل تجعل

---

(١) أما إذا لم يتحقق الشرط الواقف أو تحقق الشرط الفاسخ، فقد أصبح المشترى غير مالك، وليس له الرجوع على البائع إذا كان البيع احتماليا (بودرى وسينيا فقرة ١٢٠ – الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٠٠ ص٣٨٦– الأستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ٣٨٩ – قارن الأستاذين أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ١٧٨).

(1) أ– للمشترى وخلفه العام من بعده طلب ابطال عقد البيع إذا تبين أن البائع لا يملك المبيع، سقوط الدعوى بهذا الطلب بانقضاء ثلاث سنوات من وقت العلم بعدم ملكية البائع للمبيع. المادتان ١/١٤٠، ١/٤٦٦ مدنى.

(جلسة ١٩٩٩/٦/٨ الطعن ٢٣٨٣ لسنة ٦٧ق)

(جلسة ١٩٩٢/١٢/٢١ الطعن ٢٤٨ لسنة ٥٦ق س٤٣ ع٢ ص١٣٥٤)

ب–متى كان الحكم المطعون فيه قد بنى قضاءه برد ما دفعه المطعون عليهما من ثمن الأطيان المبيعة لهما من الطاعن الذى آلت إليه بمقتضى عقد مقايضة بينه وبين المتصرف الخاضع لاحكام قانون الاصلاح الزراعى، وبطلان عقد البيع بدعوى وقوعه على ملك الغير، تأسيسا على أنه لم يثبت أن المتصرف الصادر منه عقد البدل للبائع قد اختار هذه الأطيان ضمن ما اختاره من املاكه دون أن يثبت الحكم من أن هذه الاطيان قد استولى عليها من جهة الاصلاح الزراعى وكان ما استند إليه الحكم لا يفيد بذاته أن القدر المتبادل عليه الذى بيع للمطعون عليها يدخل فيما استولى عليه، فان الحكم يكون قد خالف القانون وشابه قصور ما يستوجب نقضه.

(جلسة ١٩٦٢/٥/٣ الطعن ٣٢٥ لسنة ٢٦ق مجموعة أحكام النقض السنة ١٣ ص٥٦٥)

(2) تنص المادة ٤٦٦ من القانون المدنى فى فقرتها الأولى على أنه «إذا باع شخص شيئا معينا بالذات لا يملكه جاز للمشترى أن يطلب إبطال البيع، وبفقرتها الثانية على أنه «وفى كل حال لا يسرى =

بيع الوارث الظاهر صحيحاً نافذاً في حق الوارث الحقيقي. ومن ثم يتملك المشترى المبيع، فلا يعود في حاجة إلى الحماية التي أولاها القانون للمشترى في بيع ملك الغير(١).

فيبقى بعد كل ذلك، في منطقة بيع ملك الغير، بيع الشخص لعين معينة بالذات غير مملوكة له إذا قصد بالبيع نقل الملكية في الحال(٢). ويستوى أن يكون البائع عالماً بأنه لا

=هذا البيع فى حق المالك للعين المبيعة ولو أجاز المشترى العقد» إذا كان بيع الوارث الظاهر هو بيع ملك الغير وكانت عبارة النص واضحة فى عدم سريان بيع ملك الغير فى حق المالك، يؤكد هذا النظر أن القانون عندما أراد حماية الاوضاع الظاهرة وضع لها نصوص استثنائية يقتصر تطبيقها على الحالات التى وردت فيها نقد نص القانون المدنى فى المادة ٢٤٤ على أنه «إذا ابرم عقد صورى فلدائنى المتعاقدين وللخلف الخاص، متى كانوا حسنى النية أن يتمسكوا بالعقد الصورى كما لهم أن يتمسكوا بالعقد المستتر ويثبتوا بجميع الوسائل صورية العقد الذى أضر بهم، وإذا تعارضت مصالح ذوى الشأن فتمسك بعضهم بالعقد الظاهر وتمسك آخرون بالعقد المستتر، كانت الأفضلية للأولين، بالمادة ٣٣٣ على أنه «إذا كان الوفاء لشخص غير الدائن أو نائبه، فلا تبرأ ذمة المدين إلا إذا أقر الدائن هذا الوفاء أو عادت عليه منفعة منه، وبقدر هذه المنفعة، أو تم الوفاء بحسن نية لشخص كان الدين فى حيازته، وفى المادة ١٠٢٤ على أنه يبقى قائما لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الذى تقرر ابطال سند ملكيته أو فسخه أو الغاؤه أو زواله لاى سبب آخر، إذا كان هذا الدائن حسن النية فى الوقت الذى ابرم فيه العقد إذا كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه على أن بيع الوارث الظاهر صحيح نافذ فى حق الوارث الحقيقى، فأنه يكون قد خالف القانون.

(جلسة ١٩٧٩/٣/٢٩ مجموعة أحكام النقض السنة ٣٠ ص٩٨٠)

(١) أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥١ ص٤٣– بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٣٢٠. ونظير ذلك المشترى فى بيع ملك إذا ملك المبيع بالحيازة فى المنقول أو بالتقادم فى المنقول والعقار، أو إذا أصبح البائع مالكاً للمبيع، أو أجاز المالك الحقيقى البيع، فتنتقل فى جميع هذه الأحوال الملكية إلى المشترى (أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥١ ص٤٢– بودرى وسينيا فقرة ١٢٤– بلانيول وريبير وهامل١٠ فقرة ٤٦ ص٤٨). على أن المشترى فى بيع ملك الغير، إذا كسب ملكية المبيع بالحيازة فى المنقول أو بالتقادم فى المنقول والعقار، يكون قد كسبها بالحيازة أو بالتقادم، لا بالبيع الصادر من غير المالك. ويذهب رأى إلى أن المشترى فى هذه الحالة لا يلزم بالتمسك بوضع اليد، لأن التمسك بهذا الدفع قد لا يقره ضميره (بيدان ١١ فقرة ١٢٣– الأستاذان أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ١٨٠ ص١٧٢– الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤١١– الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١١٤ ص٢٥١).

وإذا كسب المشترى فى بيع ملك الغير ملكية المبيع من طريق آخر غير هذا البيع، كأن اشترى المبيع من المالك الحقيقى أو ورثه عنه أو أخذه وصية منه، فإن بيع ملك الغير لا ينقلب صحيحاً فى هذه الحالة، بل يبقى قابلا للإبطال ويكون للمشترى الحق فى طلب إبطاله (الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٧٥).

(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية٤ ص١٩٣– ويتقدم البائع عادة فى بيع ملك الغير يضيف المبيع إلى نفسه. فإن أضافه إلى المالك الحقيقى وكان نائباً عنه، فإن البيع يعتبر صادراً من المالك الحقيقى وفقاً للقواعد المقررة فى النيابة. أما إذا لم يكن نائباً عنه، فإن البيع فى هذه الحالة يكون بيع ملك الغير. ومع ذلك فقد قضت محكمة استئناف مصر بأن من = =

يملك المبيع أو يعتقد أنه يملكه، كما يستوى أن يكون البيع مساومة أو بيعاً قضائياً، ويستوى فى البيع القضائى أن يكون بيعاً جبرياً أو بيعاً اختيارياً[1].

وبيع ملك الغير، على هذا التحديد، يقع كثيراً فى العمل. فالأب قد يبيع ملك ولده. لا باعتباره نائباً عنه، بل باعتباره أصيلا عن نفسه. والزوج قد يبيع ملك زوجته[2]. والوارث قد يبيع عيناً ليست فى التركة، أو فى التركة ولكنها لا تقع فى حصته. والشريك فى الشيوع قد يبيع كل العين الشائعة وهو لا يملك الا حصته فيها. وواضع اليد على ملك غيره قد يبيع هذا الملك. وكثيراً ما يبيع الناس أموال الغائبين أو أموال الدولة الخاصة. فهذه كلها تعتبر بيوعاً لملك الغير[3].

وبيع ملك الغير قابل للإبطال كما قدمنا. فنؤصل هذا البطلان، ثم نبين أحكام البيع ذاته.

أ- تأصيل البطلان فى بيع ملك الغير

١٥٥- النظريات التقليدية: تقضى المادة ١٥٩٩ من التقنين المدنى الفرنسى بأن بيع ملك الغير باطل، وبأن للمشترى الحق فى التعويض إذا كان يجهل أن المبيع ليس مملوكاً للبائع. وقد تضاربت الآراء فى الفقه الفرنسى فى تأصيل بطلان بيع ملك الغير، إذ أن النص المتقدم لا يخلو من الغموض.

فهناك رأى يذهب إلى أن هذا البيع إنما هو قابل للفسخ وليس باطلا، وترجع قابليته للفسخ إلى أن البائع لم يقم بالتزامه من نقل ملكية المبيع إلى المشترى، فللمشترى أن يطلب فسخ البيع[4]. وعيب هذا الرأى واضح، إذ هو يتعارض تعارضاً صريحاً مع نص

= المقرر شرعاً أن من يبيع ملك غيره على أنه ملك لنفسه فبيعه باطل، ولا تلحقه الاجازة لعدم انعقاده أصلا. إنما ينعقد موقوفاً على إجازة مالكه إذا باعه على أنه ملك لغيره. وولاية الأب على ولده الصغير وإن كانت تخول له حق بيع عقار قاصره، إلا أنها لا تخرجه عن القاعدة العامة السابق ذكرها، ويجب لانعقاد هذا البيع أن يقرر الولى أنه ملك ابنه (٢٣ مايو سنة ١٩٣٤ المجموعة الرسمية ٣٦ رقم ٤٤).

(١) بودرى سوينيا فقرة ١٢٦- بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٤٦ ص٤٩- أنسيكلوبيدى داللوز ٥ لفظ vente فقرة ٣٦٥.

(٢) استئناف مختلط ٢٧ مايو سنة ١٩٠٩ م٣١ ص٣٧٠.

(٣) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٤٦ ص٤٧- بلانيول وريبير وبولانجيه٢ فقرة ٢٣١٦ - جوسران٢ فقرة ١٠٤٨- أنسيكلوبيدى داللوز ٥ لفظ vente فقرة ٣٦٧ - الأستاذان أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ١٥٧ ص١٥٢ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٦٥ ص٤٤٥.

(٤) كولميه دى سانتير ٧ فقرة ٢٨ مكررة. بفنوار فى الملكية والعقد سنة ١٩٢٤ ص٥١٦- جودمين فى النظرية العامة للالتزامات باريس سنة ١٩٣٧ ص١٠٧- ص١٠٨- الأستاذ جميل الشرقاوى =

التقنين الفرنسى ومع نص التقنين المصرى أيضاً، فالنص فى التقنينين على البطلان والبطلان شئ غير الفسخ. هذا إلى أنه لو كان بيع ملك الغير جزاؤه الفسخ فحسب، لكان للقاضى سلطة تقديرية فى إجابة المشترى إليه، ولما استطاع أن يقضى به لو تمكن البائع من نقل الملكية إلى المشترى بعد رفع الدعوى[1].

وهناك رأى ثان يذهب إلى أن البيع باطل بطلانا مطلقا[2]، إما لانعدام السبب إذ التزام المشترى لا يقابله شئ ما دام البائع لا يستطيع أن ينقل إليه الملكية، وإما لاستحالة المحل استحالة مطلقة فالبائع وهو غير مالك لا يستطيع أن ينقل الملك إلى المشترى. وعيب هذا الرأى أنه يتعارض هو أيضاً معارضة صريحة مع الآثار الكثيرة التى ينتجها بيع ملك الغير وسنفصلها فيما يلى، ولو كان هذا البيع باطلا بطلاناً مطلقاً لما أنتج أثراً. هذا إلى أن البائع يستطيع أن يلتزم بنقل ملكية شئ غير مملوك له ثم يحصل على ملكيته فينفذ التزامه، فالسبب إذن غير معدوم، والمحل غير مستحيل استحالة مطلقة، وإذا لم يقم البائع بتنفيذ التزامه ولم ينقل ملكية المبيع إلى المشترى فالجزاء إنما هو الفسخ لا البطلان المطلق[3].

وهناك رأى ثالث يذهب إلى أن بيع الغير باطل بطلاناً نسبياً، إما لغلط فى شخص البائع فقد توهم المشترى أنه مالك للمبيع، وإما لغلط فى المبيع فقد توهم المشترى أنه مملوك للبائع[4]. وعيب هذا الرأى واضح، فهو يقتضى ألا يكون بيع ملك الغير قابلا

=رسالة فى نظرية البطلان فقرة ١٠٣ ص٢٩٣- ص٢٩٦ (ويقول بهذا الرأى حتى فى عهد التقنين المدنى المصرى الجديد، البيع فقرة ٤١ ص١٠٢). وقد جعل التقنين المدنى الايطالى الجديد الصادر فى سنة ١٩٤٢ (م١٤٧٩) بيع ملك الغير قابلا للفسخ حتى لو كان المشترى يجهل أن البائع غير مالك.

ويذهب الأستاذان كولان وكابيتان (٢ فقرة ٨٦٩) إلى أن التقنين المدنى الفرنسى جعل الجزاء البطلان لا الفسخ ولكن الفسخ كان أوفق.

(١) بودرى وسينيا فقرة ١١٧ ص١٠٧- ص١٠٨.

(٢) أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥١ هامش رقم ٤٣- استئناف ١٠ مارس سنة ١٩٣١ م٤٣ ص٢٧٦ - بيدان ١١ فقرة ١٠٤- استئناف مختلط ١٠ مارس سنة ١٩٣١ م٤٣ ص٢٧٦.

(٣) بودرى وسينيا فقرة ١١٧ ص١٠٨- ص١٠٩- والذى يعتبر مستحيلا استحالة مطلقة ليكون العقد معه باطلا بطلاناً مطلقاً هو أن يبيع شخص لآخر شيئاً يتبين بعد ذلك أنه كان مملوكاً للمشترى وقت البيع، كأن يكون هذا الشئ موصى به من المالك الحقيقى للمشترى دون أن يكون هذا عالماً بالوصية، فهذا البيع يكون باطلا بطلاناً مطلقاً لاستحالة المحل استحالة مطلقة (كولان وكابيتان٢ فقرة ٨٦٤- أنسيكلوبيدى داللوز ٥ لفظ vente فقرة ٣٧٩ - وانظر آنفاً فقرة ١٥١ فى الهامش)- ويقول الأستاذ إسماعيل غانم: «أما استحالة محل البيع فى بيع ملك الغير فهى استحالة نسبية، إذ أن هناك شخصاً كان يستطيع أن ينقل ملكية المبيع وذلك هو المالك الحقيقى» مذكرات غير مطبوعة فى البيع ص١٥).

(٤) جوسران٢ فقرة ١٠٤٣ وفقرة ١٠٤٥، ويذهب إلى أن بيع ملك الغير الباطل يفترض فيه دائماً أن =

للإبطال إلا إذا كان المشترى حسن النية فيكون قد وقع فى غلط فى البائع أو فى المبيع. وهذا يتعارض مع عموم النص فى التقنين الفرنسى، ومع صريح النص فى التقنين المصرى فإن المادة ٤٦٨ من هذا التقنين تصرح بوجوب التعويض للمشترى إذا كان حسن النية فإذا كان سيئ النية بقى البيع قابلا للإبطال وإن كان المشترى لا يستحق التعويض[١].

على أن الفقه الفرنسى الحديث أخذ يعدل عن هذه النظريات التقليدية، ويذهب إلى أن دعوى بطلان بيع ملك الغير ليست إلا دعوى ضمان الاستحقاق يسبق المشترى إلى رفعها قبل أن ترفع عليه هو دعوى الاستحقاق من المالك الحقيقى. فهو فى دعوى ضمان الاستحقاق العادية يجب أن يتربص حتى يتعرض له المستحق. وعند ذلك يرفع على البائع دعوى ضمان التعرض والاستحقاق. أما فى بيع ملك الغير فقد أجاز المشرع للمشترى ألا ينتظر حتى يتعرض له المالك الحقيقى، بل يبادر إلى رفع دعوى بطلان البيع ضد البائع، فدعوى البطلان هذه ليست إلا دعوى ضمان استحقاق تعجل المشترى رفعها garantie d'éviction anticipée[٢]. ولكن القول بأن دعوى البطلان هى دعوى ضمان

=المشترى حسن النية وأنه يجهل أن الشئ مملوك لغير البائع (أنظر عكس ذلك كولان وكابيتان ٢ فقرة ٨٦٥ ص٥٧٧). وانظر م٣٣٤ من المشروع الفرنسى الإيطالى. وهى تبنى بطلان بيع ملك الغير على الغلط.

(١) بودرى وسينيا فقرة ١١٨ – والبطلان النسبى هو الذى وقف عنده التقنين المدنى المصرى السابق، فقد نص صراحة على أن بيع ملك الغير يصح إذا أجازه المالك الحقيقى (م٢٦٤/٣٣٣)، والعقد الباطل بطلاناً مطلقاً لا تلحقه الاجازة، وإنما يلحق الاجازة العقد الباطل بطلاناً نسبياً. وبالرغم من صراحة النص، فقد اضطرب الفقه المصرى فى عهد التقنين المدنى السابق، وساير الفقه الفرنسى فى اضطرابه (أنظر فى الفقه المصرى فى عهد التقنين السابق الأستاذين أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ١٦٣ – فقرة ١٦٨ – عقد الايجار للمؤلف فقرة ٧٨ ص١٠٨ هام رقم٣ – الأستاذ حلمى بهجت بدوى فى مقال فى مجلة القانون والاقتصاد ١ ص٥٨٨ وما بعدها).

(٢) بيدان ١١ فقرة ١٠٤ – بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٤٥ – بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٣١٧.

ويذهب بودرى وسينيا إلى أن بيع ملك الغير مشوب بعيب أصلى هو استحالة تنفيذه، وأن هذه الاستحالة تنطوى على خطأ فى جانب البائع إذ التزم بما لا يستطيع تنفيذه. فالبطلان الذى يقوم على هذا الأساس إنما هو بطلان لمصلحة المشترى، فهو بطلان نسبى وتقرب آثاره من آثار البطلان للغلط (بودرى وسينيا فقرة ١١٨ ص١١١).

ويذهب بلانيول وريبير وهامل إلى أنه لما كان البيع فى القانون الرومانى لا يلزم البائع بنقل الملكية ومن ثم كان بيع ملك الغير صحيحاً، فإن البيع فى القانون الحديث وهو يلزم البائع بنقل الملكية يجب أن يكون باطلا بطلانا مطلقاً، وقد نص التقنين المدنى الفرنسى (م١٥٩٩) فعلا على هذا البطلان. ولكن الفقه والقضاء فى فرنسا لم يجدا من الضرورى أن يسلبا بيع ملك الغير من أى أثر يترتب عليه، فحولا البطلان لحماية مصلحة المشترى، فيستطيع هذا طلبه إذا هو لم يظفر بعد البيع بملكية المبيع، وصارت دعوى البطلان أقرب إلى أن تكون دعوى ضمان استحقاق مستبقة (garantie d'éviction anticipée) (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٤٥).

استحقاق استبق إليها المشترى يقتضى أن تكون مدة التقادم، لا عشر سنوات كما هو الأمر فى القانون الفرنسى، بل ثلاثين سنة وهذه هى مدة التقادم فى القانون الفرنسى فى دعوى الضمان. فلابد إذن أن يختلط، فى دعوى بطلان بيع ملك الغير، معنى الضمان بمعنى البطلان[١].

١٥٦ – رأى يستند إلى نظرية تحول العقد الباطل: والتقنين المدنى المصرى الجديد صريح فى أنه يجوز للمشترى إبطال بيع ملك الغير (م٤٦٦/١)، وفى أنه إذا أقر المالك البيع سرى العقد فى حقه وانقلب صحيحاً فى حق المشترى (م٤٦٧/١)، وفى أن البيع ينقلب صحيحاً فى حق المشترى إذا آلت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور العقد (م٤٦٧/٢). فهذه كلها نصوص صريحة قاطعة فى أن بيع ملك الغير قابل للإبطال، وقد قنن المشرع المصرى بهذه النصوص الرأى الذى ساد فعلا فى كل من الفقه المصرى والفقه الفرنسى.

بقى أن نؤصل هذا البطلان. وهناك رأى ذهب إليه الأستاذ سليمان مرقس[٢] فى عهد التقنين المدنى الجديد، يقول بأنه بيع ملك الغير باطل بطلاناً مطلقاً لاستحالة المحل استحالة مطلقة فى الظروف الخارجية المحيطة بالبائع. ثم يكمل نظرية البطلان المطلق بنظرية تحول العقد الباطل (conversion) المنصوص عليها فى المادة ١٤٤ مدنى. فيتحول بيع ملك الغير طبقاً لهذه النظرية من بيع ناقل للملكية فوراً إلى بيع منشئ لالتزامات فحسب، متى ثبت أن نية الطرفين المحتملة كانت تنصرف إلى ذلك لو علما أن العقد الأول لا يمكن انعقاده بسبب عدم ملكية البائع. وقد فرض المشرع فرضاً غير قابل لإثبات العكس أن البائع انصرفت نيته المحتملة إلى تحول عقد البيع على هذا النحو، أما انصراف نية المشترى إلى ذلك فمفروض إلى أن يثبت العكس، فإذا تمسك المشترى بابطال البيع فقد ثبت العكس وأنه لم تنصرف نيته إلى التحول. ويختم الأستاذ سليمان مرقس رأيه بالعبارة الآتية: «وعلى ذلك يمكن القول بأن المشرع قد جعل من تنظيم بيع ملك الغير فى المواد ٤٦٦ وما بعدها تطبيقاً تشريعياً لنظرية تحول العقد الباطل، تجاوز فيها بعض الشئ عما تقتضيه نظرية التحول العامة من انصراف نية العاقدين المحتملة إلى التحول، إذ فرض فيه انصراف نية البائع المحتملة إلى التحول فرضاً غير قابل لإثبات العكس، دون أن يفرض مثل ذلك فى نية المشترى»[٣].

ونأخذ على هذا الرأى أمرين:

أولا– القول بأن بيع ملك الغير هو فى أصله باطل بطلاناً مطلقاً يتعارض تعارضاً

(١) أنسيكلوبيدى داللوز ٥ لفظ vente فقرة ٣٨٩.

(٢) البيع فقرة ٢٨١.

(٣) الأستاذ سليمان مرقس فى البيع فقرة ٢٨١ ص٤٦٢ – وانظر فى رد مطول على هذا الرأى الأستاذ منصور مصطفى منصور ص٢٥٤ – ص٢٥٨.

واضحاً مع صريح نصوص التقنين المدنى المصرى، فقد بينا أن هذه النصوص قاطعة فى أن بيع ملك الغير قابل للإبطال لا باطل بطلاناً مطلقاً[١].

ثانياً– والقول بأن العقد الباطل قد تحول إلى عقد منشئ للالتزامات يتعارض مع نظرية التحول المعروفة. فهذه تقتضى أن تكون نية كل من المتعاقدين المحتملة تنصرف وقت العقد – لا بعد ذلك – إلى العقد الجديد بدلا من العقد الباطل. ونية المشترى المحتملة تستعصى على هذا التأويل. فاما أن تكون هذه النية قد انصرفت احتمالا إلى العقد الجديد منذ البداية، فلا يجوز إثبات العكس، وينبغى إلا يجوز تبعا لذلك للمشترى أن يطلب إبطال البيع. وإما ألا تكون قد انصرفت إلى العقد الجديد، فلا يكون هناك تحول، وينبغى أن يبقى البيع باطلا بطلاناً مطلقاً، وهذا ما يتعارض مع النص الصريح.

١٥٧ – رأى آخر يذهب إلى أن بيع ملك الغير عقد موقوف: وهناك رأى آخر يذهب إلى أن بيع ملك الغير هو عقد موقوف على النحو المعروف فى الفقه الإسلامى. قال بهذا الرأى الأستاذ شفيق شحاتة فى كتابه «النظرية العامة للتأمين العينى[٢]» إذ كتب ما يأتى: «وقد تضاربت آراء الشراح فى طبيعة البطلان الذى يلحق بيع ملك الغير. على أن الرأى الصحيح هو أن بيع ملك الغير هو بيع غير نافذ فى حق المالك. وعدم نفاذ العقد الناقل للملكية يجعله كذلك عديم الأثر فيما بين المتعاقدين. وليس ذلك معناه أن العقد باطل بطلاناً مطلقاً أو نسبياً. فالعقد يعتبر فى هذه الصورة عقداً موقوفاً. والعقد الموقوف يتوقف أثره على الإقرار الصادر من المالك، فإذا أقره المالك أنتج أثره فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى المالك، وإذا لم يقره المالك فالعقد يظل معدوم الأثر كما كان[٣]».

ويؤخذ على هذا الرأى ما يأتى:

أولا– لو كان بيع ملك الغير عقداً موقوفاً، لما أنتج أى أثر قبل أن يجيزه المالك الحقيقى، كما تقضى بذلك أحكام الفقه الإسلامى. ولكن بيع ملك الغير ينتج أثره فى الحال، شأنه شأن أى عقد قابل للإبطال، ولا يبطل إلا إذا طلب المشترى إبطاله. ثم إن المشترى يملك الإجازة، والعقد الموقوف فى الفقه الإسلامى لا يجيزه إلا المالك الحقيقى.

ثانياً– نظرية العقد الموقوف إذا أمكن الأخذ بها فى القانون المصرى عن الفقه

(١) ولا يقال إن هناك استحالة مطلقة فى أن يلتزم البائع بنقل ملكية شئ لا يملكه، فقد بينا أن البائع يمكنه أن يلتزم بذلك، فإذا لم يقم بتنفيذ التزامه كان الجزاء هو الفسخ لا البطلان المطلق.

(٢) الجزء الأول فقرة ٩٢.

(٣) ويشير الأستاذ شفيق شحاتة فى الحاشية إلى نظرية الفقه الإسلامى فى البيع الموقوف، وإلى المادة ١٠٨ من التقنين المدنى الألمانى وتقضى بأن العقد الصادر من القاصر بدون إجازة الوصى هو عقد غير نافذ، وإلى المادة ١٠٩ وتقضى بأن الطرف الآخر فى التعاقد يستطيع الرجوع فى العقد ما لم يجزه الوصى.

الإسلامى باعتباره مصدراً من مصادر هذا القانون (م٢/١ مدنى)، فذلك لا يكون إلا حيث لا يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه. ولذلك قد يصح الأخذ بها فى مجاوزة الوكيل لحدود الوكالة، فيكون تعاقده موقوفاً على إجازة الموكل، إذ لا نص يمنع من الأخذ بها. أما هنا فيوجد كما رأينا نص تشريعى صريح يجعل بيع ملك الغير عقداً قابلاً للإبطال لا عقدا موقوفاً، فيجب فى هذه الحالة إعمال النص الصريح[١].

١٥٨ – الرأى الذى نقف عنده – بيع ملك الغير قابل للابطال بموجب نص خاص فى القانون أنشأ البطلان: لذلك لا نرى بدا من القول بأن بيع ملك الغير ليس بعقد باطل ولا بعقد موقوف، بل هو عقد قابل للابطال كما يقطع بذلك صريح النص فيما قدمناه[1]. ونعيد هنا ما كنا نقوله فى هذا الصدد فى عهد التقنين المدنى السابق[٢]، فان التقنين المدنى الجديد لم يدخل أى تعديل فى تأصيل بطلان بيع ملك الغير:

لا يسعنا، إزاء تضارب الآراء فى تأصيل بطلان بيع ملك الغير، إلا أن نرجع إلى الأصل التاريخى لهذا البطلان. كان بيع ملك الغير فى القانون الرومانى صحيحاً، لأن البيع فى هذا القانون لم يكن من طبيعته نقل الملكية، بل كل ما كان يلتزم به البائع هو أن ينقل حيازة المبيع إلى المشترى وأن يضمن له دوام هذه الحيازة دون تعرض من أحد[٣]. وغير المالك قد يستطيع أن يقوم بذلك، ومن ثم كان بيعه صحيحاً. وكان يترتب على ذلك أن المشترى لشئ غير مملوك للبائع لا يستطيع أن يرفع دعوى ضمان على البائع إلا إذا تعرض له المالك الحقيقى، فيبقى قبل هذا التعرض مهدداً دون أن يستطيع شيئاً قبل البائع. واستمرت الحال على ذلك فى القانون الفرنسى القديم، رغماً من أن البيع أخذ يتدرج فى طبيعته إلى عقد ناقل للملكية. ثم لما قرر التقنين المدنى الفرنسى، ومن بعده التقنين المدنى المصرى القديم والجديد، بعبارة حاسمة أن البيع ينقل الملكية، أصبح بيع ملك الغير منافياً لطبيعة عقد البيع. فنص المشرع على جعل هذا البيع قابلاً للابطال لحماية المشترى،

(١) وهذا لا يمنع، من ناحية السياسة التشريعية، أن نظرية العقد الموقوف تفضل بكثير نظرية العقد القابل للإبطال فى بيع ملك الغير. وقد بسطنا ذلك تفصيلا فى كتاب «مصادر الحق فى الفقه الإسلامى» الجزء الرابع ص٣٠٥– ص٣٠٧.

(٢) مذكرات غير مطبوعة فى البيع للمؤلف سنة ١٩٢٧ – عقد الإيجار للمؤلف سنة ١٩٢٩ ص١٠٨ هامش رقم ٣ – نظرية العقد للمؤلف سنة ١٩٣٤ ص١١٦ هامش رقم ٢.

(٣) بودرى وسينيا فقرة ١١٦– بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٤٥.

(1) أ– بطلان بيع ملك الغير مقرر لصالح المشترى فما لم يستعمله بالفعل بقى عقد البيع قائما منتجا لآثاره تثبت فيه الشفعة ثبوتها فى كل بيع تم مستوفيا لاركانه ولو حمل سببا لبطلانه ويحل فيه الشفيع محل المشفوع منه فى جميع حقوقه والتزاماته لا يملك تعديله وتبعيض محله، ولو تبين ان المبيع كله أو بعضه مملوك للغير مما محله الرجوع على البائع لا تفريق الصفقة، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد قضى بالاحقية فى الشفعة مقصورة على بعض المبيع وحمل قضاءه على =

فيستطيع هذا، قبل أن يتعرض له المالك الحقيقي، أن يبادئ البائع بطلب إبطال البيع، فلا يبقى مكتوف اليدين ينتظر تعرض المالك الحقيقي حتى يتمكن من تصحيح موقفه(١).

فالعلة إذن في كون بيع ملك الغير قابلا للابطال هي منافاة هذا العقد لطبيعة البيع. ولكن العلة وحدها لا تكفي، فمنافاة بيع ملك الغير لطبيعة البيع قد تكون علة معقولة للبطلان، ولكن ليس في القواعد العامة ما يجعل منها سبباً لإبطال العقد. فسبب إبطال العقد، وفقاً للقواعد العامة، ليس إلا نقص الأهلية أو عيبا من عيوب الرضاء. لذلك كان لابد من نص خاص ينشئ بطلان بيع ملك الغير، ويستند إلى العلة المعقولة التي قدمناها، وقد وجد هذا النص. فهو نص منشئ للبطلان لا كاشف عنه(٢)، ولو لم يوجد لما أمكن القول بأن بيع ملك الغير قابل للابطال، بل لوجب القول بأنه صحيح ولكنه قابل للفسخ لعدم استطاعة البائع تنفيذ التزامه بنقل الملكية(٣).

=ما انبأ به من ان البائعة لا تملك مما بيع غير مساحة .... وأن البيع فيما خلا ذلك قد وقع على ما يملكه الغير مما هو غير جائز، إلا باجازته ولم يجزه فلا تجوز الشفعة فيه فأنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه.

(جلسة ١٩٧٩/١/١٠ الطعن ٩٦١ لسنة ٤٧ق مجموعة أحكام النقض السنة ٣٠ ص١٧٣).

ب- بيع ملك الغير لا ينقل الملكية للمشتري. للأخير دون غيره طلب ابطال هذا البيع ولو لم يتعرض له المالك الحقيقي بالفعل برفع دعوى الضمان على البائع عملا بالمادة ١/٤٦٦ من القانون المدني إلا أن هذا الحق للمشتري لا ينهض له ما يبرره إذا ما أقر المالك الحقيقي البيع حيث يترتب عليه نقل الملكية منه إلى المشتري وكذلك في حالة صيرورة البائع مالكا للمبيع بعد العقد وهو ما قننته المادة ٤٦٧ من القانون المدني بفقرتيها إذ في هاتين الحالتين زال العائق الذي كان يحول دون نقل الملكية إلى المشتري بهذا البيع، مما ينبني عليه كذلك أنه إذا أصبح انتقال الملكية إلى البائع ممكنا فان ابطال البيع في هذه الحالة يتعارض مع المبدأ القاضي بتحريم التعسف في استعمال حق الابطال إذ لم يعد للمشتري مصلحة بعد ذلك في التمسك بالابطال.

(جلسة ١٩٩٦/٤/١٨ الطعن ٣٥٥٢ لسنة ٥٨ق)

(جلسة ١٩٩٣/١٢/٢٨ الطعن ٥٢٥٧ لسنة ٦٢ق)

(جلسة ١٩٨٨/٥/٨ الطعن ١١٧٣ لسنة ٥٤ق س٣٩ ج٢ ص٩١٣)

(جلسة ١٩٦٨/٤/١٨ الطعن ١٨٩ لسنة ٣٣ق س١٩ ص٧٨٠)

جـ- بطلان بيع ملك الغير مقرر لمصلحة المشتري ومن ثم فيكون له دون غيره أن يطلب ابطال العقد، وما لم يثبت أن البائع غير مالك ويطلب البطلان صاحب الحق فيه، فان عقد البيع يبقى قائما منتجا لآثاره بحيث يكون للمشتري ان يطالب البائع بتنفيذ التزاماته ويعد هذا منه اجازة للعقد.

(جلسة ١٩٦٣/٣/١٤ الطعن ٢٤٣ لسنة ٢٨ق مجموعة أحكام النقض ١ لسنة ١٤ ص٢٩٨)

(١) بودري وسينيا فقرة ١١٩ مكررة.

(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص١٩٣.

(٣) وهذا هو المقرر فعلا في التقنين المدني الألماني حيث لا يوجد نص على بطلان بيع ملك الغير. =

وأكثر الفقهاء يفترضون أن النص ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة، ثم يبحثون في نطاق هذه القواعد عن سبب البطلان، فيحتدم الخلاف بينهم ويتضاربون. والواقع من الأمر أن البطلان هنا خاص بالبيع، أنشأه نص تشريعي خاص، لعلة معقولة هي منافاة بيع ملك الغير لطبيعة البيع. ومن ثم كانت قواعد هذا البطلان تختلف في بعض النواحي عن القواعد العامة في البطلان. من ذلك أن بيع ملك الغير يجيزه المالك الحقيقي، وينقلب صحيحاً إذا أصبح البائع مالكاً للمبيع، مع أن العقد القابل للإبطال لا ينقلب صحيحا إلا إذا أجازه العاقد الذي تقرر البطلان لمصلحته وهو هنا المشتري(١)(1). فلابد إذن من القول بأن بطلان بيع ملك الغير بطلان خاص بعقد البيع لا يستمد من القواعد العامة، وقد أنشأه نص تشريعي صريح واستند في إنشائه إلى علة معقولة(٢).

=فالبائع في هذا التقنين يلتزم بنقل ملكية المبيع إلى المشتري (م٤٢٣)، فإذا لم ينفذ التزامه جاز للمشتري طلب فسخ البيع (م٤٤٠). وتنفيذ الالتزام بنقل الملكية يكون باتفاق تال مستقل عن عقد البيع مع قيده في السجلات العقارية بالنسبة إلى العقار (م٨٧٣)، أو مع التسليم بالنسبة إلى المنقول (م٩٢٩). ويستطيع المشتري في بيع ملك الغير في القانون الألماني أن يرفع دعوى الفسخ على البائع، حتى قبل أن يتعرض له المالك الحقيقي، وفي هذا يختلف القانون الألماني عن القانون الروماني اختلافا بينا (سالي في الالتزامات فقرة ١٥٢ وفقرة ٢٠٦- بلانيول وريبير وهامل ١٠ ص٤٥ هامش رقم ٣). وانظر أيضاً في تقنين الالتزامات السويسري المادة ١٨٤ في الالتزام بنقل الملكية، والمادة ٦٥٦ في نقل ملكية العقار باتفاق تال يقيد في السجل العقاري، والمادة ٧١٤ في نقل ملكية المنقول باتفاق تال يصحبه التسليم.

(١) وسنرى أن المشتري إذا كان له أن يجيز بيع ملك الغير، فإن المالك الحقيقي له أيضاً أن يجيزه، بل إن إجازة المالك الحقيقي أبلغ أثراً من إجازة المشتري، فهي تقلب العقد صحيحاً وتجعله في الوقت ذاته ساريا في حق المالك. وسنرى أيضاً أن العقد ينقلب صحيحاً بمجرد أن يصبح مالكاً للمبيع، وهذه خصوصية لا تعرف في العقد القابل للإبطال طبقاً للقواعد العامة.

(1) البيع الصادر من غير مالك ان كان باطلا فان بطلانه ليس بطلانا أصليا بل أن القانون نص على صحته إذا اجازه المالك، كما أن عدول المتعاقدين عما تعاقدا عليه جائز.

(جلسة ١٩٤٤/٦/٨ طعن ١١٢ لسنة ١٣ق مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في الـ ٢٥ عاما ١٣٤- ٣٦٧).

(٢) قارب بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٤٨ ص٤٩- ص٥٠- والأستاذ إسماعيل غانم ص١٥- وانظر الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٠٤ ص٣٩١- ص٣٩٢.

وقد قررنا هذا الرأي نفسه في كتاب الإيجار في العبارات الآتية: «بيع ملك الغير باطل بطلاناً نسبياً، ولكن هذا البطلان غير مستمد من القواعد العامة، لأنه خاضع في مصدره وفي أحكامه إلى مبادئ أخرى خاصة به. فمن العبث إذن أن تحاول البحث في القواعد العامة على ما يستند إليه بطلان بيع ملك الغير. أما العلة في البطلان فراجعة إلى أن البيع ناقل بطبيعته للملكية، ولم يكن كذلك من قبل. فقد كان البائع في القانون الروماني لا يلتزم بنقل الملكية بل بنقل مجرد الحيازة، ولذلك كان بيع ملك لاغير صحيحاً. واستمر الحال كذلك في القانون الفرنسي القديم، مع الاتجاه إلى بعض =

١٥٩ – بيع عقار الغير قابل للابطال بعد التسجيل وقبله: ويلاحظ أن بيع العقار لا

=أوضاع تسهل نقل الملكية.. أما في القانون الفرنسي الحديث فقد تقرر أن البائع يلتزم بنقل الملكية، ولذلك تغيرت طبيعة البيع، وأصبح بيع ملك الغير مناقضاً لها. ولاحظ واضعو قانون نابليون هذا التغيير، فرتبوا عليه نتيجته المنطقية وهى بطلان بيع ملك الغير. ولم تكن علة البطلان – وهى تناقض بيع ملك الغير مع طبيعة البيع – على وجاهتها بكافية وحدها في تقرير البطلان من الوجهة القانونية، لأنها لا تستند إلى مبدأ عام يطبق على جميع العقود. وكان لابد من نص صريح ينشئ البطلان ويخلقه، فالمواد ١٥٩٩/٣٣٣/٢٦٤ تعتبر نصوصاً منشئة لا مقررة، بحيث لو كانت غير موجودة لما جاز القول ببطلان بيع ملك الغير حتى مع بقاء علة البطلان المشار إليها (وهذا هو الأمر في القانون الألماني) – ونرى مما تقدم أنه حتى يكون إيجار ملك الغير باطلا يجب وجود نص خاص بذلك، ولا يصح القياس على البيع – وفي الوقت الذى كان بيع مالك الغير فيه يعتبر صحيحاً، كان يترتب على ذلك أن المشترى لا يستطيع أن يحرك ساكناً قبل أن يتعرض له المالك الحقيقي. فلما أصبح البيع ناقلا للملكية، كان هذا كافياً لاخراج المشترى من هذا المأزق حتى ولو لم يتقرر بطلان بيع ملك الغير، لأنه كان يستطيع طلب فسخ البيع ما دام البائع لم يقم بالتزامه من نقل الملكية. ولكن المشرع – مراعاة للاعتبار المتقدم وهو أن تغيير طبيعة عقد البيع وصيرورته عقداً ناقلا للملكية يستلزم منطقياً بطلان بيع ملك الغير – قرر أيضاً هذا البطلان. فأصبح المشترى بالخيار بين أن يلجأ إلى الاحتماء بالمبادئ العامة ويطلب الفسخ – بعد أن يجيز البطلان ولو ضمنا.. وبين أن يلجأ إلى الحماية الخاصة التى أعطاها له القانون بالنص الخاص بالبطلان ليطلب بطلان العقد، والفرق واضح بين دعوى الفسخ ودعوى البطلان» (عقد الايجار للمؤلف سنة ١٩٢٩ فقرة ٧٨ ص١٠٨ هامش رقم ٣).

ويتفق معنا الأستاذ حلمى بهجت بدوى في أن بطلان بيع ملك الغير غير مستمد من القواعد العامة، وقد نشأ من نص تشريعى خاص. ولكنه يقول إن الاتفاق إذا كان من شأنه نقل الملكية في الحال، فالبيع قابل للإبطال أما إذا كان الاتفاق لا ينقل الملكية في الحال بل يكتفي بتقرير التزام في ذمة البائع بنقلها، فلا تناقض، إذ يجوز أن يحصل البائع على الملكية وينقلها للمشترى وبذلك يبقى بالتزامه (انظر مقالا له في مجلة القانون والاقتصاد السنة الأولى ص٥٩٩). وفي رأينا أن البيع الذى يقرر التزاما بنقل الملكية في ذمة البائع لا يختلف في طبيعته عن البيع الذى ينقل الملكية في الحال، فالبيع لا ينقل الملكية إلا لأنه أولا ينشئ التزاما بنقلها، ثم ينفذ الالتزام فتنتقل الملكية فعلا. ولذلك لا نفرق – من حيث طبيعة العقد – بين بيع العقار غير المسجل ويقرر التزاماً بنقل الملكية، وبيع العقار المسجل وينقل الملكية فعلا. فكلاهما عقد ناقل للملكية تتناقض طبيعته مع بيع ملك الغير، وكلاهما قابل للإبطال. وقد اضطر الأستاذ حلمى بهجت بدوى، وهو ينكر على بيع العقار غير المسجل طبيعته كعقد ناقل للملكية، أن ينكر هذه الطبيعة أيضاً على بيع العقار غير المسجل، إذ التسجيل لا يغير من طبيعة العقد، ولا يبطله إذا كان صحيحاً. وقاده هذا المنطق إلى اعتبار بيع عقار الغير بعد تسجيله صحيحاً، مخالفاً في ذلك البداهة والإجماع. وسنعود إلى هذه المسألة فيما يلى.

ويتفق معنا كذلك الأستاذ حامد زكى في أن بطلان بيع ملك الغير ليس تطبيقاً القواعد العامة بل أنشأه الشارع بنص خاص. ولكن علة البطلان عنده ترجع «إلى أن المقصود من عقد البيع هو حصول المشترى على الملكية وانتقالها إليه، سواء تم هذا الانتقال وقت الاتفاق أو كان متراخيا إلى حين حصول التسجيل، فمن يبيع ملك غيره ليس في مقدوره أن يحقق المقصود من عقد البيع وهو انتقال الملكية، ولذا أبطل المشرع تصرفه» (الأستاذان أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى ص١٦٦). ولا =

يزال من طبيعته نقل الملكية، سواء سجل أو لم يسجل. فلم يغير قانون التسجيل، ولا قانون الشهر بعده، من طبيعة عقد البيع. ونصوص هذين القانونين صريحة في هذا المعنى. فتنص المادة الأولى من قانون التسجيل على أن «جميع العقود الصادرة بين الأحياء بعوض أو بغير عوض التى من شأنها إنشاء ملكية.. يجب شهرها بواسطة تسجيلها». وتنص المادة التاسعة من قانون الشهر على أن «جميع التصرفات التى من شأنها حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية.. يجب شهرها بطريق التسجيل». فبيع العقار قبل أن يسجل لا يزال من شأنه – أو من طبيعته – نقل الملكية، إذ ينشئ التزاماً بنقلها في جانب البائع. فبيع عقار الغير إذن لا يزال منافياً لطبيعة عقد البيع، ومن ثم فعلة البطلان في البيع غير المسجل موجودة، والنص على البطلان عام شامل لا يميز بين البيع المسجل والبيع غير المسجل. بل إن التقنين المدنى الجديد جاء حاسما في هذا الصدد، فنص صراحة على جواز أن يطلب المشترى إبطال بيع عقار الغير ولو لم يسجل البيع، إذ يقول في نهاية الفقرة الأولى من المادة ٤٦٦: «ويكون الأمر كذلك (أى يجوز للمشترى طلب إبطال البيع) ولو وقع البيع على عقار، سجل العقد أو لم يسجل». وما دامت علة البطلان موجودة، وما دام النص المنشئ للبطلان عاماً يشمل العقد المسجل والعقد غير المسجل، وجب القول إن بيع عقار الغير يكون قابلا للإبطال قبل تسجيله، ويبقى بطبيعة الحال قابلا للإبطال بعد التسجيل.

ولا يمكن القول بأن بيع عقار الغير صحيح قبل التسجيل، قابل للإبطال بعده[1]. فان التسجيل لا يبطل عقداً صحيحاً ولا يصحح عقداً باطلاً، فلو كان بيع عقار الغير

=نرى فرقا، فى استظهار علة البطلان، بين القول بأن ذلك راجع إلى أن البيع ينشئ التزاما بنقل الملكية فتتناقض طبيعته مع بيع ملك الغير، والقول بأن ذلك راجع إلى أن المقصود من عقد البيع هو أن يحصل المشترى على الملكية ومن يبيع ملك غيره لا يحقق هذا المقصود، فالتعبيران وإن كانا مختلفين ينطويان على فكرة جوهرية واحدة.

انظر في استعراض هذه الآراء وانتقادها الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١١٥ ص٢٥٩ – ص٢٦١ – وينتهى إلى القول: «ويبدو لنا، بعد عرض هذه الآراء، أن نص المشرع على قابلية بيع ملك الغير للإبطال دون النص على مثل هذا الحكم بالنسبة للعقود الأخرى كالإيجار مثلا، لا يستند إلى أى أساس فنى. وإنما هو حكم اقتضته السياسة التشريعية، وقد تأثر فيه المشرع المصرى بمسلك القضاء الفرنسى الذى لم يلتزم حدود النص، وخرج عما قصده واضعو قانون نابليون الذين يبدو أنهم كانوا يقصدون تقرير البطلان المطلق... ولهذا نتتهى إلى أنه لا يوجد أساس فنى يبرر إبطال بيع ملك الغير. وربما كان مسلك القضاء الفرنسى الذى تأثر به المشرع المصرى قد جاء نتيجة الرغبة في تكملة أحكام ضمان الاستحقاق.. ولهذا نجد المحدثين من الشراع الفرنسيين يقولون إن دعوى إبطال ملك بيع الغير ليست إلا إعمالا لضمان الاستحقاق قبل أن يتحقق التعرض الفعلى، أو أنها تكملة لأحكام الضمان» (الأستاذ منصور مصطفى منصور ص٢٦١ وص٢٦٣ وص٢٦٤).

(١) وهذا ما قال به الأستاذ أحمد نجيب الهلالى فقرة ١٧٠ – فقرة ١٧١.

صحيحا قبل التسجيل فانه ينبغى أن يستمر صحيحا بعده(١). ولما كان بيع عقار الغير قابل للابطال قبل التسجيل، فانه يجب أن يستمر قابلا للابطال بعد التسجيل.

كذلك لا يمكن القول بأن بيع ملك الغير حتى يكون باطلا يجب أن يكون المقصود بالبيع نقل الملكية فى الحال، والبيع غير المسجل لا ينقل الملكية فى الحال، فبيع عقار الغير صحيح قبل التسجيل، ويبقى صحيحا بعد التسجيل لأن التسجيل لا يبطل عقداً صحيحا(٢). ذلك أنه يجوز أن يقصد المتعاقدان نقل الملكية فى الحال، ولكنها لا تنتقل فعلا لسبب لا يرجع إلى إرادتهما. ففى حالة البيع غير المسجل لا يزال المتعاقدان يقصدان نقل الملكية فى الحال، ولكن يحول دون ذلك ضرورة التسجيل وهو وضع اقتضاه القانون لا إرادة المتعاقدين. فتبقى علة البطلان – وهى قصد نقل الملكية فى الحال – متوافرة فى بيع عقار الغير قبل التسجيل، فيكون هذا البيع قابلا للابطال، وقد ورد نص التقنين المدنى الجديد (م١/٤٦٦) صريحا فى هذا المعنى كما سبق القول(٣)(1).

---

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية٤ ص١٩٣– وهذا هو الأمر فى القانون الألمانى كما سبق القول.

(٢) وهذا ما ذهب إليه الأستاذ حلمى بهجت بدوى فى المقال المشار إليه (مجلة القانون والاقتصاد١ ص٥٩٨ وما بعدها). فهو يرى – كما سبق القول، أن علة بطلان بيع ملك الغير هى أن الملكية فى البيع يجب أن تنتقل فى الحال، ومن يبيع ملك غيره لا يترتب على بيعه هذا الأثر. ولما كانت هذه العلة قد زالت بصدور قانون التسجيل، فقد زال سبب البطلان. ومن ثم يكون بيع عقار الغير فى رأيه صحيحاً قبل أن يسجل، ويبقى صحيحاً حتى بعد التسجيل. هذا وقد حسم التقنين المدنى الجديد (م١/٤٦٦) كل خلاف فى هذه المسألة بنص صريح كما قدمنا.

(٣) أنظر فى هذا المعنى: الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٠١– الأستاذان سليمان مرقس فقرة ٢٨٢ – الأستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ٣٩١ – وهذا هو الرأى الذى قلنا به فى عهد التقنين المدنى السابق، وأوجزناه فى كتاب الايجار فى العبارات الآتية: «هذا ويلاحظ أن بيع ملك الغير فى مصر لا يزال باطلا حتى بعد صدور قانون التسجيل الحديث، لأن البيع لا يزال من طبيعته نقل الملكية، إذ هو يولد التزاماً فى جانب البائع بنقل الملكية، وإن كانت لا تنتقل إلا بالتسجيل. وعلى ذلك فالتناقض بين بيع ملك الغير وطبيعة البيع لا يزال موجوداً، والنص المنشئ للبطلان (م٢٦٤/٣٣٣) لم يلغه قانون التسجيل. ومن ثم قلنا ببطلان بيع ملك الغير، سواء قبل تسجيل العقد أو بعد التسجيل. ولا يصح فى نظرنا القول بأن بيع ملك الغير صحيح قبل تسجيل العقد باطل بعد التسجيل – أنظر الأستاذ الهلالى فى البيع فقرة ٣٤٦ – فقرة ٣٤٨– لأن التسجيل لا زال حتى الآن لمجرد الاشهار، وليس من شأنه أن يبطل عقداً صحيحاً أو يصحح عقداً باطلاً (عقد الايجار للمؤلف فقرة ٧٨ ص١٠٨ هامش رقم٣– وانظر أيضاً نظرية العقد للمؤلف ص٦١١ هامش رقم ٢).

وانظر أيضاً فى هذا المعنى فى عهد التقنين المدنى السابق الأستاذ حامد زكى (البيع للأستاذين أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ١٧٤– فقرة ١٧٥).

(1) لئن كان صحيحا أن تسجيل عقد البيع لا ينقل الملكية إلى المشترى إلا إذا كان البائع مالكا لما باعه إلا أن بيع ملك الغير قابلا للابطال لمصلحة المشترى وحده ولا يسرى فى حق المالك الحقيقى =

ب– أحكام بيع ملك الغير

١٦٠– فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى المالك الحقيقى: بعد أن أصلنا بطلان بيع ملك الغير على النحو المتقدم، ننتقل إلى بيان أحكام هذا البيع: (أولا) فيما بين المتعاقدين (ثانيا) بالنسبة إلى المالك الحقيقى.

أولا: فيما بين المتعاقدين:

١٦١– المشترى وحده هو الذى يجوز له طلب ابطال البيع: لما كان بيع ملك الغير قابلا للابطال لمصلحة المشترى، فالمشترى وحده هو الذى يجوز له طلب إبطال البيع (م١/٤٦٦ مدنى). وله أن يتمسك بابطال البيع، إما فى صورة دعوى إبطال يرفعها على البائع ليسترد منه الثمن أو ليستبق ضمان الاستحقاق، وإما فى صورة دفع يدفع به دعوى البائع إذا طالبه هذا بالثمن(١).

وللمشترى أن يتمسك بابطال البيع حتى قبل أن يتعرض له المالك الحقيقى(٢)، وحتى لو كان يعرف وقت البيع أن البائع لا يملك المبيع. فهو انما رضى بالبيع معتقداً أن البائع يستطيع أن يحصل على ملكية المبيع فينقلها إليه، فإذا تبين له أن البائع لا يستطيع ذلك، فليس عليه أن ينتظر حتى يتعرض له المالك الحقيقى، بل له أن يبادر إلى المطالبة بابطال البيع. وهذه هى المزية الجوهرية فى أن المشرع قد نص على جعل بيع ملك الغير قابلا للإبطال لمصلحة المشترى ، كما سبق القول.

وإذا رفع المشترى دعوى الإبطال(٣)، فقد ثبت حقه فى إبطال البيع. ويتحتم على القاضى أن يحكم له بذلك، حتى لو أقر المالك الحقيقى البيع أو أصبح البائع مالكاً قبل صدور الحكم، ما دام المشترى قد رفع دعوى الإبطال قبل إقرار المالك الحقيقى أو قبل

=ولهذا المالك أن يقر البيع فى أى وقت فيسرى عندئذ فى حقه وينقلب صحيحا فى حق المشترى، كما ينقلب العقد صحيحا فى حق المشترى إذا آلت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور العقد، فإذا كان الطاعنون، ورثة المشترى فى عقد بيع ملك الغير – قد طلبوا ثبوت ملكيتهم استنادا إلى هذا العقد المسجل فأنهم يكونون بذلك قد أجازوا العقد ولا يكون بعد لغير المالك الحقيقى، ان يعترض على هذا البيع ويطلب عدم سريانه فى حقه، ومن ثم فلا يكفى لعدم اجابة الطاعنين إلى طلبهم أن يثبت المدعى عليهم المنازعون لهم ان البائع لمورث الطاعنين غير مالك لما باعه بل يجب أن يثبتوا أيضاً أنهم هم أو البائع لهم الملاك لهذا المبيع إذ لو كان المالك سواهم لما قبلت منهم هذه المنازعة.
(جلسة ١٩٦٨/٤/١٨ الطعن ١٨٩ لسنة ٣٣ق مجموعة احكام النقض السنة ١٩ ص٧٨٠).

(١) أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥١ ص٤٠– بودرى وسينيا فقرة ١٤٩ ص١١١– بيدان ١١ فقرة ١٠٥– بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٤٨ ص٥٠– ص٥١ كولان وكابيتان ٢ فقرة ٨٦٧.

(٢) استئناف مختلط ١١ مايو سنة ١٩٢٢ م٣٤ ص٣٩٨.

(٣) وسنرى أن دعوى الإبطال هى غير دعوى الفسخ وغير دعوى ضمان الاستحقاق.

صيرورة البائع مالكاً. ذلك أن القاضي إنما يرجع في حكمه إلى وقت رفع الدعوى، وفي هذا الوقت كان البيع قابلا للإبطال ولم يكن المالك الحقيقي قد أقره أو أصبح البائع مالكاً للمبيع(١).

وتسقط دعوى الإبطال بانقضاء ثلاث سنوات من وقت علم المشترى بأن البائع لا يملك المبيع(1)، وتسقط على كل حال بانقضاء خمس عشرة سنة من وقت البيع، وهذا

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا أقر المالك الحقيقي البيع قبل أن يتمسك المشترى بالبطلان بإجراء صحيح، فإن البيع ينقلب صحيحاً (١١ نوفمبر سنة ١٩٣٠ م٤٣ ص١٧- ٢٥ فبراير سنة ١٩٤١ م٥٣ ص١٠٨). وقضت أيضاً بأن للبائع أن يحتج بإقرار المالك الحقيقي للبيع في دعوى الابطال التي رفعها المشترى (٢٧ أبريل سنة ١٩٢٦ م٣٨ ص٣٦٥). ويشير القضاء الفرنسي على هذا النحو (أنظر بودرى وسينيا فقرة ١١٩ ص١١٤- ص١١٥- بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٣٢١ وأحكام القضاء الفرنسي المشار إليها).

ومع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن مجرد رجوع المشترى عن البيع في بيع ملك الغير وإعلان البائع بهذا الرجوع (أى ولو قبل رفع الدعوى) قبل صدور الاقرار من المالك الحقيقي يكفي لسقوط البيع، ولو أقر المالك بعد ذلك (٢٥ مارس سنة ١٩١٤ م٢٦ ص٢٩٢- وانظر أيضاً في هذا المعنى بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٥٠ ص٥٤- الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٣٤ ص٤٤٦).

وعلى العكس مما تقدم قضت محكمة استئناف مصر بأن إجازة بيع ملك الغير، إذا تمت بعد رفع الدعوى وقبل الحكم، تعتبر قياماً من جهة البائع لملك الغير بنفاذ تعهده وهو نقل الملكية، ويصح قبول الاجازة بعد رفع الدعوى متى لم يصب المشترى ضرر من هذا التأخير، وذلك بناء على أن بيع ملك الغير قابل للفسخ (٢٠ ديسمبر سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ٢/٣٩ ص٨٤- وانظر أيضاً في هذا المعنى جيوار فقرة ١٨٩ - دى هلتس٤ لفظ vente ص١٤- الأستاذين أحمد نجيب الهلالي وحامد زكي فقرة ١٧٩ ص١٧١).

ولا شك في أن إبطال البيع بمجرد إعلان المشترى رجوعه فيه وقبل رفع دعوى الابطال، بالرغم من إقرار المالك الحقيقي للبيع أو صيرورة البائع مالكاً وذلك قبل رفع الدعوى، يتعارض مع النص الصريح (م٤٦٧ مدنى). أما قبول إقرار المالك الحقيقي بعد رفع دعوى الابطال وقبل صدور الحكم، أو صيرورة البائع مالكاً ما بين هاتين الفترتين، فقد يتفق مع المبدأ القاضي بتحريم التعسف في استعمال حق الابطال، إذا ظهر أنه لم تعد للمشترى مصلحة بعد ذلك في التمسك بالابطال. ونظير ذلك ما نصت عليه المادة ١٢٤ مدنى من أنه: «١- ليس لمن وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضى به حسن النية. ٢- ويبقى بالأخص ملزماً بالعقد الذى قصد إبرامه، إذا أظهر الطرف الأخر استعداده لتنفيذ هذا العقد».

(1) إذا كان الحكم المطعون فيه قد اعتد في حق المطعون عليهم الثلاثة الأول - المشترون - بتاريخ ادخالهم في الدعوى بطلب ابطال البيع الصادر لهم من الوصى على الطاعنة ولم يعتد بتاريخ ايداع صحيفة الدعوى قبل الوصى وآخر لا شأن له بالحقوق ورتب على ذلك سقوط حقها في طلب ابطال العقد لمضى أكثر من ثلاث سنوات على تاريخ بلوغها سن الرشد بأن يكون قد طبق القانون تطبيقاً صحيحا، ذلك أن الخصومة في دعوى ابطال البيع في هذه الحالة انما تدور بين الطاعنة وبين ==

قياساً على سائر دعاوى الإبطال(١).

أما البائع فلا يملك طلب إبطال البيع، لأن الإبطال لم يتقرر لمصلحته بل لمصلحة المشترى(٢)(1). وهناك رأى وجيه يذهب إلى أن للبائع طلب إبطال البيع للغلط، إذا كان

== المشترين اصحاب المصلحة الأولى في التمسك بالعقد. وإذا كان الأصل في الاجراء القاطع للتقادم أن يكون متعلقا بالحق المراد انقضاؤه ومتحدا بين نفس الخصوم بحيث إذا اختلف الخصوم لا ينبنى عليه هذا الأثر، ومن ثم لا يصلح توجيه الدعوى بطلب ابطال العقد للوصية اجراء قاطعا لتقادمها قبل المطعون عليهم الثلاثة الأول - المشترين - إذ لا يصح أن يضار خصم من اجراء لم يتخذ في مواجهته وانما اتخذ في مواجهة آخر، ومن المقرر أن البائع فيما يتعلق بقطع التقادم لا يمثل المشترى في الدعاوى اللاحقة للتاريخ الثابت بعقد البيع.

(جلسة ١٩٨٠/١٢/١٦ الطعن ١٢٠٧ السنة ٤٩ق).

(١) أنظر من هذا الرأى في الفقه المصرى الأستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ٣٩٦ ص٥٨١- الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١١٤ ص٢٥٠- الأستاذ إسماعيل غانم ص١٧- ص١٨- وفي الفقه الفرنسي: أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥١ ص٤٢- بودرى وسينيا فقرة ١١٩ ص١١٢- بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٤٨ ص٥١- ص٥٢- بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٣١٨.

ومع ذلك فقد ذهب الأستاذ سليمان مرقس - ويوافقه الأستاذ محمد كامل مرسى (فقرة ٢٣٣ ص٤٤٤) - إلى أن «المادة ٤٦٦ لم تتضمن حكماً للتقادم خاصاً بهذا الحق، فتسرى عليه الأحكام العامة. غير أن المادة ١٤٠ التي حددت مدة تقادم دعاوى الابطال بثلاث سنوات قد عينت في كل حالة من حالات الابطال مبدأ هذه المدة، وهو تاريخ كشف الغلط أو التدليس أو انقطاع الإكراه أو زوال نقص الأهلية، ولم تحدد مبدأ لمدة تقادم دعوى إبطال بيع ملك الغير فيتعين القول بأن هذه المدة تبدأ من وقت إبرام العقد، وبأن الحق في رفع هذه الدعوى لا يتقادم بمضى ثلاث سنوات لأن المشرع لم يأخذ بالمدة الأخيرة إلا في الحالات التي حدد فيها مبدأ لهذه المدة تالياً لوقت إبرام العقد. أما حيث تبدأ المدة من وقت العقد، فإن التقادم لا يتم إلا بخمس عشرة سنة» (الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٦٩ ص٤٩٩ - ص٤٥٠). ونخالف هذا الرأى، فإن المواد ١٣٨- ١٤٠ مدنى جاءت العبارة فيها عامة تشمل جميع العقود القابلة للإبطال أيا كان سبب البطلان، فيدخل فيها بيع ملك الغير، ويسقط الحق في إبطال هذا البيع بثلاث سنوات (م١/١٤٠ مدنى). ولما كانت الفقرة الثانية من المادة ١٤٠ مدنى لم تحدد مبدأ سريان التقادم بالنسبة إلى بيع ملك الغير، فقياساً على الأحوال التي حدد فيها النص مبدأ سريان التقادم - ويستخلص منها أن مبدأ السريان لا يكون إلا عند تمكين صاحب الحق في الإبطال من رفع الدعوى - يجب القول بأن التقادم في حالة بيع ملك الغير لا يبدأ سريانه إلا من وقت تمكين المشترى من رفع دعوى الإبطال أى من وقت علمه بأن البائع لا يملك المبيع. وقياساً أيضاً على الحالات المتقدمة - الغلط والتدليس والإكراه - تسقط دعوى الإبطال أيضاً بانقضاء خمس عشرة سنة من وقت صدور بيع ملك الغير. وليس صحيحاً أن مدة الثلاث السنوات تبدأ دائماً من وقت تال لإبرام العقد، فقد تبدأ من وقت إبرام العقد، كما إذا انقطع الاكراه بمجرد تمام العقد فتتقادم دعوى الإكراه بثلاث سنوات من هذا الوقت، وكما إذا كان المشترى في بيع ملك الغير يعلم وقت البيع أن المبيع غير مملوك للبائع فتتقادم الدعوى بانقضاء ثلاث سنوات من وقت صدور البيع (الأستاذ إسماعيل غانم ص١٨).

(٢) بيدان ١١ فقرة ١٠٥.

(1) وان كان لا يجوز طلب ابطال بيع ملك الغير إلا للمشترى دون البائع له إلا أن المالك الحقيقي= =

يجهل وقت البيع أن المبيع غير مملوك له[1].

١٦٢ – وللمشترى أن يطلب التعويض: ولا يقتصر المشترى على طلب إبطال البيع، بل له أيضاً أن يطالب بتعويض ما أصابه من ضرر، من خسارة لحقت به أو كسب فاته، بسبب إبطال البيع[2]. ولكن يشترط فى ذلك أن يكون حسن النية[3]، أى ألا يكون وقت البيع عالماً بأن البائع لا يملك المبيع[4](I). أما إذا كان يعلم ذلك، فانه يستطيع أن

= يكفيه أن يتمسك بعدم نفاذ هذا التصرف فى حقه أصلا إذا كان العقد قد سجل اما إذا كانت الملكية ما زالت باقية للمالك الحقيقى لعدم تسجيل عقد البيع فان يكفيه طرد المشترى من ملكه لأن يده تكون غير مستندة إلى تصرف نافذ فى مواجهته وأن يطلب الريع عن المدة التى وضع المشترى فيها يده على ملك غير البائع له.

(جلسة ١٩٧٩/١/٢٤ مجموعة أحكام النقض السنة ٣٠ ص٣٦٣).

(١) ديفرجيه ١ فقرة ٢٢٠– ماركاديه م١٥٩٩ فقرة ٢– كولان وكابيتان٢ فقرة ٨٦٧ ص٥٧٩ – بلانيول وريبير وبولانجيه٢ فقرة ٢٣١٨ – الأستاذان أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ١٨٥– الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١١٤ ص٢٤٨– الأستاذ جميل الشرقاوى فقرة ٤١ ص١٠٠– بل يذهب بعض الفقهاء إلى أن للبائع حتى لو كان سيئ النية أن يدفع بعدم تسليم المبيع إذا كان لم يسلمه إلى المشترى، لأن إجبار البائع على تسليم المبيع وهو ليس بمالكه فيه إكراه له على أن يعتدى على ملك الغير (بيدان ١١ فقرة ١٠٥).

على أن طائفة من الفقهاء يذهبون إلى أنه لا يجوز للبائع طلب إبطال البيع، سواء كان سيئ النية أو حسن النية، لأن طلب الإبطال لم يتقرر إلا لمصلحة المشترى، ولأن التزام البائع بالضمان يتعارض مع إبطاله للبيع، ولأن البائع حتى لو كان حسن النية تقصر فى بيعه شيئاً غير مملوك له: بودرى وسينيا فقرة ١١٩ ص١١١ – ص١١٢– بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٤٨ ص٥١– الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٠٦– الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٧٠– الأستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ٣٩٩ – وانظر عرضا لهذه الآراء المختلفة: الأستاذين أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى ص١٧٥ هامش رقم ٣.

ولا يجوز للمالك الحقيقى ان يطعن فى البيع بالابطال إذ أن البطلان لم يتقرر فى حمايته هو بل لحماية المشترى وانما يرفع دعوى استرداد المبيع من تحت يد حائزه ولا يحتج عليه بالبيع فالبيع غير نافذ فى حقه. (أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥١ ص٤٠– بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٤٨ ص٥١).

(٢) ويحيل الفقه الفرنسى إلى جعل مدى التعويض هنا كمداه فى ضمان الاستحقاق (بيدان ١١ فقرة ١٠٨ – بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٤٩ ص٥٣– أنسيكلوبيدى داللوز ٥ لفظ vente فقرة ٤٠٦).

(٣) استئناف مختلط ١٦ مارس سنة ١٨٩٩ م١١ ص١٦٢– الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٣٥ ص٤٤٩.

(٤) ويكون حسن النية لو جهل ذلك، حتى لو كان جهله راجعاً إلى خطأ جسيم فى جانبه (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٤٩– قارن أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥١ ص٤١– بيدان ١١ فقرة ١٠٨).

(I) أ– تقرر المادة ٤٦٨ من القانون المدنى حق المشترى الذى حكم له بابطال البيع فى التعويض متى كان حسن النية وإذ جعل المشرع مناط حسن نية المشترى هو جهله بان المبيع غير مملوك للبائع فهو يعنى ألا يكون هذا المشترى عالما وقت شرائه بأن البائع لا يملك المبيع وبأنه يستحيل عليه لذلك نقل الملكية إليه، ومن ثم فلا ينتفى حسن النية عن المشترى لمجرد علمه بان سند البائع له عقد بيع ابتدائى لم يسجل، اذ فى هذه الحالة لا يستحيل على البائع نقل الملكية إليه بل ان انتقالها يكون ممكنا بمجرد تسجيل البائع عقدتمليكه ولا يعنى عدم تسجيل العقد عيبا فيه، ذلك أن عقد البيع غير المسجل =

يطالب بابطال البيع، ولكنه لا يسترد إلا الثمن دون أى تعويض، بل دون مصروفات البيع التى أنفقها، ذلك أنه أقدم على البيع وهو عالم بأن المبيع غير مملوك للبائع، فهو الذى يحمل تبعة ذلك[1].

ولا يشترط فى جواز المطالبة بالتعويض أن يكون البائع سيئ النية، أى أن يكون عالماً وقت البيع أن المبيع غير مملوك له. فحتى لو كان البائع حسن النية، يعتقد وقت البيع أنه مالك للمبيع، لم يمنع ذلك من جواز أن يطالب المشترى بتعويض على النحو المتقدم[2]. وهذا ما تنص عليه صراحة المادة ٤٦٨ مدنى إذ تقول: «إذا حكم للمشترى بابطال البيع، وكان يجهل أن المبيع غير مملوك للبائع، فله أن يطالب بتعويض ولو كان البائع حسن النية»[3].

ومصدر التعويض، بعد إبطال البيع، لا يمكن أن يكون عقد البيع نفسه، فقد زال بالإبطال. وإنما يصح أن يرد مصدر التعويض فى حال سوء نية البائع إلى الخطأ التقصيرى،

=عقد منتج لجميع آثاره ومنها التزام البائع بنقل الملكية وبتسجيله تنتقل إليه الملكية للمشترى فعلا متى كان البائع مالكا للمبيع.

(جلسة ١٩٦٤/٦/١١ مجموعة أحكام النقض السنة ١٥ ص٨١٤).

ب– إذا كان المشترى على علم وقت البيع بأن البائع لا يملك المبيع كان له أن يطالب بابطال البيع ويسترد الثمن تبعا لذلك ولكن لا يكون له الحق فى أى تعويض.

(جلسة ١٩٦٧/٨/١٥ مجموعة أحكام النقض السنة ١٨ ص٥٠٠).

(جلسة ١٩٦٧/٨/١٥ الطعن ١٩٣ لسنة ٣٤ق مجموعة أحكام النقض السنة ١٨ ص٥٠٠)

(١) استئناف مختلط ١٢ فبراير سنة ١٩٣٥ م٤٧ ص١٥٠– أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥١ هامش ٤٨– بودرى وسينيا فقرة ١١٩ ص١١٥ – بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٤٩– الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٣٥ ص٤٤٩.

ولكن يجوز للمشترى، حتى لو كان عالما وقت البيع بأن المبيع غير مملوك للبائع، أن يشترط فى عقد البيع الرجوع بالتعويض على البائع فوق استرداده للثمن إذا انتزع المالك الحقيقى المبيع من يده (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٤٩ ص٥٣ – أنسيكلوبيدى داللوز ٥ لفظ vente فقرة ٤٠٤ – الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٠٥) – وعلى العكس من ذلك لا يستطيع البائع إخلاء نفسه من المسئولية عن التعويض إذا كان أساس هذه المسئولية هو الخطأ التقصيرى إذ لا يجوز الاتفاق على الإعفاء من المسئولية التقصيرية (الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١١٤ ص٢٥٢).

(٢) قارن جوسران ٢ فقرة ١٠٤٦ مكررة.

(٣) نقض مدنى ١٩ نوفمبر سنة ١٩٣١ مجموعة عمر ١ رقم ٤ ص١٣ – استئناف مختلط ١٢ مارس سنة ١٨٩٠ م٢ ص٢٢١– ولكن قارن فى عهد التقنين المدنى السابق رأياً يذهب إلى أن البائع حسن النية لا يكون مسئولا عن التعويض، أستناداً إلى النص الفرنسى للمادة ٣٣٣/٢٦٥ وهو يشترط فى التعويض سوء نية البائع (استئناف مختلط ٢٧ مايو سنة ١٩٣٠ م٤٢ ص٥١٨– دى هلتس ٤ لفظ vente فقرة ١٩– والتون ١ ص٣٣٩– الأستاذان أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ١٨٦ – فقرة ١٨٨).

وفي حالة حسن نيته إلى نظرية الخطأ في تكوين العقد (culpa in contrahendo)[1]. كما يجوز القول هنا بتحول العقد، فيتحول بيع ملك الغير بعد إبطاله إلى عقد ملزم للبائع بالتعويض، على أساس أن النية المحتملة للمتعاقدين قد انصرفت إلى هذا الإلزام لو أنهما كانا يعلمان أن البيع سيبطل[2].

١٦٣ – وللمشترى أن يجيز البيع – دعوى الفسخ وضمان الاستحقاق: على أن المشترى قد لا يطلب إبطال البيع، بل يجيزه صراحة أو ضمنا[3](1)، فينقلب البيع صحيحاً، ويبقى منشئاً لالتزامات في جانب البائع والتزامات في جانب المشترى. ولكن البيع على هذا النحو لا ينقل ملكية المبيع إلى المشترى، لأن المالك الحقيقي وهو أجنبي عن العقد لا تنتقل منه الملكية إلا برضائه. وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ٤٦٦ مدني إذ تقول: «وفي كل حال لا يسرى هذا البيع في حق المالك للعين المبيعة، ولو أجاز المشترى العقد».

وإجازة المشترى للعقد تزيل قابليته للإبطال، وتقلبه صحيحاً فيما بين المتعاقدين كما قدمنا. فيكون البائع ملتزما بنقل ملكية المبيع وبتسليمه[4] وبضمان

---

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص١٩٣ – الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٧٦ ص٤٥٥ – الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١١٤ ص٢٥٢ – الأستاذ إسماعيل غانم ص١٨.

(٢) ويقول بعض الفقهاء الفرنسيين إن مصدر المسئولية عن التعويض إذا كان البائع حسن النية هو أنه يعتبر مقصرا إذ باع ما لا يملك، وإذا كان سيئ النية فمصدر المسئولية هو اختلاسه لملك الغير (stellionat) (بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٣١٩). ويقول فقهاء آخرون بأن مصدر التعويض هو خطأ البائع في أنه باع ما لا يملك، ولكن مسئولية البائع ليست مسئولية تعاقدية لأن العقد قد أبطل، ولا هي مسئولية تقصيرية لأن الخطأ وقع بمناسبة عدم تنفيذ العقد، ولكنه خطأ يتقدم العقد (précontractuelle) (بيدان ١١ فقرة ٩٨ ص٦٧. ويشير إلى رسالة روبيه ليون سنة ١٩١١).

(٣) وتستخلص الإجازة الضمنية من تنفيذ المشترى للبيع مختاراً بعد علمه بأن المبيع غير مملوك للبائع، كأن يتسلم المبيع أو أن يدفع الثمن (بودرى وسينيا فقرة ١١٩ ص١١٢).

(٤) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٤٨ ص٥٢ – وهناك خلاف في التزام البائع بتسليم المبيع، فقد قدمنا أن هناك رأيا يذهب إلى أن للبائع أن يدفع دعوى المشترى بالتسليم ولو كان البائع سيئ النية حتى لا يجبر على الاعتداء على ملك الغير (بيدان ١١ فقرة ١٠٥). وهناك رأى آخر يذهب إلى وجوب أن يكون البائع حسن النية ليكون له هذا الدفع، إذ يستطيع عندئذ أن يطعن في البيع بالغلط (كولان وكابيتان ٢ فقرة ٨٦٧ ص٥٧٩). انظر آنفاً فقرة ١٦١.

ولكن إذا سلم البائع المبيع إلى المشترى، لم يستطع أن يسترده منه ليسلمه إلى المالك الحقيقي، ذلك أنه يضمن تعرضه الشخصي (الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٦٨ – ص٤٤٧).

(1) بطلان عقد بيع ملك الغير مقرر لمصلحة المشترى ومن ثم فيكون له دون غيره أن يطلب ابطال العقد واجازة المشترى للعقد تزيل قابليته للابطال وتجعله صحيحا فيما بين العاقدين ، أما بالنسبة للمالك الحقيقي فيجوز له اقرار هذا البيع صراحة أو ضمنا.
=

الاستحقاق[1] والعيوب الخفية وبغير ذلك من التزامات البائع. ويكون المشترى ملتزماً بدفع الثمن والمصروفات وبتسلم المبيع.

ولكن لما كان البائع لا يستطيع تنفيذ التزامه بنقل ملكية المبيع لأنه لا يملكه، فإن المشترى يجوز له في هذه الحالة المطالبة بفسخ البيع(1)، ويجوز له أيضاً إذا تعرض له المالك الحقيقي أن يرجع على البائع بضمان الاستحقاق[2].

١٦٤ – ينقلب بيع ملك الغير صحيحا بأيلولة ملكية المبيع إلى البائع: ولا ينقلب بيع ملك الغير صحيحاً بإجازة المشترى فحسب، بل هو أيضاً ينقلب صحيحاً بإقرار المالك الحقيقي كما سنرى، وينقلب أخيراً صحيحاً إذا آلت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور العقد. وهذا ما تنص عليه صراحة الفقرة الثانية من المادة ٤٦٧ مدني، إذ تقول: «وكذلك ينقلب العقد صحيحاً في حق المشترى إذا آلت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور العقد».

ذلك أنه إذا آلت ملكية المبيع إلى البائع – كأن ورث البائع المالك الحقيقي أو اشترى المبيع منه أو تلقاه وصية أو نحو ذلك – وهو يزال ملتزماً بنقل الملكية لأن المشترى لم

= (جلسة ١٩٩٠/٧/٢٥ الطعن ٢٤٥ لسنة ٥٥ق)
(جلسة ١٩٨٣/٤/٢٠ الطعن ١٩٧٢ لسنة ٤٩ق س٣٤ ص١٠٢٢)
(جلسة ١٩٦٣/١/٤ الطعن ٢٤٣ لسنة ٢٨ ق س١٤ ص٢٩٨)

(١) والفرق بين الرجوع بضمان الاستحقاق بعد إجازة البيع والرجوع بدعوى الإبطال دون إجازة البيع، أن دعوى الاستحقاق لا يرفعها المشترى إلا إذا تعرض له المالك الحقيقي فعلا وطالبه برد المبيع، أما دعوى الابطال فيرفعها المشترى حتى قبل تعرض المالك الحقيقي له. على أن المشترى بعد إجازة البيع وقبل تعرض المالك الحقيقي يستطيع أن يرفع دعوى الفسخ.

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي: «وتلاحظ الصلة الوثيقة بين بيع ملك الغير وضمان الاستحقاق، فإن الاستحقاق إذا كان كليا كان هذا هو بيع ملك الغير، إذ يكون قد اتضح أن البائع قد باع شيئاً مملوكاً لأجنبي. ولذلك تكون أحكام ضمان الاستحقاق مكملة لأحكام بيع ملك الغير. ويترتب على ذلك أن المشترى في بيع ملك الغير يكون بالخيار، إذا استحق المبيع في يده، بين فسخ البيع أو إبطاله أو الرجوع بضمان الاستحقاق. ويلاحظ أنه إذا اختار الفسخ، فليس له أن يطالب البائع حسن النية بتعويض يستطيع أن يطالبه به لو اختار إبطال العقد» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص١٩٤).

وتعليل عدم جواز الحكم بتعويض على البائع حسن النية في دعوى الفسخ أن العقد إذا أجيز ثم فسخ، انعدم مصدر التعويض على أساس الخطأ في تكوين العقد إذ أن هذا الأساس يفترض أن العقد لم يتكون، وعلى أساس التحول إذ أن هذا الأساس يفترض أن العقد نشأ باطلا أو قابلا للإبطال وبقى كذلك. فلم يبق إلا أساس الخطأ، وهذا الأساس أيضاً يستبعد إذا كان البائع حسن النية.

(1) ولئن أجازت المادة ٤٦٦ من القانون المدني للمشترى في حالة بيع ملك الغير أن يطلب ابطال هذا البيع إلا أنها لم تمنعه من المطالبة بفسخ العقد على أساس أن البائع قد أخل بالتزامه بنقل الملكية.
(جلسة ١٩٧٧/١/١١ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٨ ص٢١١).

يتمسك بعد بابطال البيع[١]، فان هذا الالتزام ينفذ فوراً ما دام العائق الذى كان يحول دون تنفيذه، وهو انعدام الملكية عند البائع، قد زال وأصبح البائع مالكا. ومن ثم تنتقل الملكية إلى المشترى – بعد التسجيل فى العقار – بمجرد أيلولتها للبائع[٢]. ومتى أصبح المشترى مالكاً للمبيع، لم يعد هناك محل لإبطال البيع، لأن الإبطال تقرر لحماية المشترى وقد أصبح الآن فى غير حاجة لهذه الحماية. فينقلب البيع صحيحا[1]، وذلك بحكم

(١) وقد قدمنا أنه إذا رفع المشترى دعوى الابطال قبل أيلولة ملكية المبيع إلى المشترى، وجب الحكم بإبطال البيع ولو أصبح المبيع مالكاً للمشترى قبل صدور الحكم النهائى (بودرى وسينيا فقرة ١١٩ ص١١٤– ص١١٥ – بلانيول وريبير وبولانجيه٢ فقرة ٢٣٢١). وبينا أن هناك رأياً يذهب إلى أنه يكفى أن يطلب المشترى إبطال البيع بأية طريقة ولو بمجرد كتاب، دون حاجة إلى رفع دعوى الابطال، حتى يمتنع تصحيح العقد ولو آلت ملكية المبيع إلى البائع قبل رفع دعوى الابطال (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٥٠ ص٥٤– الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٣٤ ص٤٤٦). وقلنا أن هذا رأى يتعارض مع النص الصريح (م٤٦٧ مدنى). وذكرنا أن هناك رأيا آخر يذهب، على العكس من الرأى المتقدم، إلى أن البيع يصح بأيلولة ملكية المبيع إلى البائع، حتى لو تم ذلك بعد رفع دعوى الابطال ما دام قد تم قبل صدور الحكم النهائى (جيوار فقرة ١٨٩– دى هلتس ٤ لفظ vente فقرة ١٤)، وأسسنا هذا على المبدأ القاضى بتحريم التعسف فى استعمال حق الابطال. وانظر أيضاً الأستاذين أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ١٧٩ ص١٧١، ولكنهما فيما يتعلق بإقرار المالك الحقيقى للبيع يذهبان إلى أن البيع لا يصح إلا إذا صدر الاقرار قبل رفع المشترى دعوى الابطال (أنظر فقرة ١٨١)– أنظر فى كل ذلك ما قدمناه آنفاً فقرة ١٦١ فى الهامش.

(٢) وينتقل المبيع إلى المشترى محملا بالحقوق التى رتبها عليه المالك الحقيقى قبل أن تنتقل الملكية منه إلى البائع (الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤١٠– الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٣٤ ص٤٤٧– الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١١٤ ص٢٤٩– الأستاذان أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ١٧٩).

(1) أ– من المقرر تطبيقا لنص المادتين ٤٦٦، ٤٦٧ من القانون المدنى أن بيع ملك الغير غير نافذ فى حق المالك الحقيقى الذى لم يجزه وأن بطلانه مقرر لمصلحة المشترى وحده فلا يكون لغيره أن يطلب ابطاله وطالما لم يطلب البطلان صاحب الحق فيه فإن عقد البيع يبقى قائما منتجا لآثاره بين طرفيه بل وينقلب العقد صحيحا فى حق المشترى إذا آلت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور العقد، ومن ثم فان من مقتضى تمسك المشترى بقيام العقد فى بيع ملك الغير أن يظل العقد صحيحا منتجاً لآثاره القانونية بين المتعاقدين ومن بينها التزام البائع بضمان عدم التعرض وهو التزام أبدى لا يسقط عنه فلا يقبل من هذا البائع إذا ما تملك المبيع بطريق الارث بعد ابرام العقد أن يطلب فى مواجهة المشترى ثبوت هذه الملكية وتسليمه المبيع لما فى ذلك من مناقضة وإخلال بالتزامه بالضمان.

(جلسة ١٩٨٨/٦/١٦ الطعن ١٩٢٠ لسنة ٥٥ق)

ب– مفاد نص المادة ١/٤٦٧ من القانون المدنى أن بيع ملك الغير ينقلب صحيحا فى حق المشترى إذا آلت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور العقد.

(جلسة ١٩٨٨/٥/٨ الطعن ١١٧٣ لسنة ٥٤ق)

(جلسة ١٩٨٥/١٢/٢٥ الطعن ١٦١٨ لسنة ٥٠ق)

القانون لا بحكم الإجازة. ويكون البائع، بعد أن انتقلت ملكية المبيع إلى المشترى، ملتزماً بتسليمه إياه وبضمان الاستحقاق لسبب آخر وبضمان العيوب الخفية. ويكون المشترى من جهته ملتزماً بدفع الثمن والمصروفات وبتسلم المبيع[١].

ثانيا: بالنسبة إلى المالك الحقيقى

١٦٥– إذا لم يقر المالك الحقيقى البيع: وسواء أجاز المشترى البيع أو لم يجزه، فان المالك الحقيقى أجنبى عن هذا البيع، فلا يسرى فى حقه كما قدمنا[1]. ومن ثم يبقى المالك الحقيقى مالكا للمبيع إذا لم يقر البيع، ولا تنتقل منه الملكية إلى المشترى ولو أجاز المشترى البيع فانقلب صحيحاً. ويترتب على ذلك أنه سلم البائع المبيع إلى المشترى، فان المالك الحقيقى يستطيع أن يرجع على المشترى بدعوى الاستحقاق، وأن يرجع على البائع بدعوى التعويض.

يرجع على المشترى بدعوى الاستحقاق لأنه لا يزال مالكا للمبيع كما قدمنا،

(١) وقد قدمنا أن المشترى قد يكسب الملكية، لا عن طريق أيلولتها إلى البائع، بل عن طريق التقادم أو الحيازة فى المنقول، فيصبح البيع فى هذه الحالة بعد زوال السبب الذى كان يدعو إلى إبطاله. وذكرنا أن هناك رأياً يذهب إلى أن المشترى فى هذه الحالة لا يلزم بالتمسك بوضع اليد فقد لا يقره ضميره على ذلك (أنظر آنفاً فقرة ١٥٤ فى الهامش)– وقد يكون البائع قد سبق له التصرف فيما باعه ثم استرد ملكيته، فيصبح مالكاً ويصح البيع. وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا تمسك المشترى بأن البائع له، وإن كان قد سبق أن تصرف فى القدر المبيع، إلا أنه قد استرد ملكيته بعدوله عن العقد الذى كان تصرف به فيه وأن البيع الحاصل له هو قد أجازه من كان حصل له التصرف أولا، فيجب على المحكمة أن تحقق هذا الدفاع وتفصل فيه بناء على أدلة منتجة لحكمها (نقض مدنى ٨ يونيه سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر٤ رقم ١٤٧ ص٤٠٣).

(1) أ– لا يجوز ابطال بيع ملك الغير إلا للمشترى دون البائع له إلا أن المالك الحقيقى يكفيه أن يتمسك بعدم نفاذ هذا التصرف فى حقه أصلا إذا كان العقد قد سجل أما إذا كانت الملكية ما زالت باقية للمالك الحقيقى لعدم تسجيل عقد البيع فأنه يكفيه أن يطلب طرد المشترى من ملكه لأن يده تكون غير مستندة إلى تصرف نافذ فى مواجهته، كما له أن يطلب ريع ملكه من هذا المشترى عن المدة التى وضع يده فيها عليه.

(جلسة ١٩٨٧/٢/١٤ الطعن ١٣٥١ لسنة ٥٤ق)

(جلسة ١٩٨٤/٥/٣١ الطعن ٢٠٣١ لسنة ٥٠ق س٣٥ ص١٥٣٩)

ب– النص فى المادة ٣٦٦ والفقرة الأولى من المادة ٤٦٧ من القانون المدنى يدل على أن بيع ملك الغير تصرف قابل للابطال لمصلحة المشترى، واجازة المشترى للعقد تزيل قابليته للابطال وتجعله صالحاً فيما بين العاقدين، أما بالنسبة للمالك الحقيقى فيجوز له إقرار هذا البيع صراحة أو ضمنا، فإذا لم يقره كان التصرف غير نافذ فى حقه مما مفاده أن بطلان التصرف أو عدم نفاذه هو أمر غير متعلق بالنظام العام بل هو مقرر لمصلحة صاحب الشأن فيه ولا يجوز لغيره أن يتمسك به.

(جلسة ١٩٩٠/٧/٢٥ الطعن ٢٤٥ لسنة ٥٥ق)

(جلسة ١٩٧٩/٣/٢٩ مجموعة أحكام النقض السنة ٣٠ ص٩٨١).

فيسترده من تحت يده. بل له فوق ذلك أن يطالبه بالتعويض إذا كان سيئ النية. أما إذا كان حسن النية، فلا يرجع عليه بتعويض، بل لا يرجع عليه بالثمار فان المشترى وهو حسن النية يملك الثمار بالحيازة. ويرجع المشترى من جانبه على البائع بضمان الاستحقاق أو بدعوى الفسخ أو بدعوى الإبطال على النحو الذى بسطناه فيما تقدم. على أن المشترى قد يتملك المبيع، لا بعقد البيع، ولكن بسبب آخر من أسباب كسب الملكية. فهو إذا كان حسن النية، يكسب المنقول بالحيازة، ويكسب العقار بالتقادم القصير. وإذا كان سيئ النية، يكسب كلا من المنقول والعقار بالتقادم الطويل. فإذا ما كسب المشترى ملكية المبيع بالحيازة أو بالتقادم، لم يستطع المالك الحقيقى أن يسترده منه[1].

ومن أجل ذلك كان للمالك الحقيقى أن يرجع على البائع بالتعويض. يرجع عليه بالتعويض إذا ملك المشترى المبيع بالحيازة أو بالتقادم كما قدمنا، فيتقاضى منه ما أصابه من ضرر بسبب فقده للمبيع. وكذلك يرجع عليه بالتعويض حتى لو لم يكسب المشترى ملكية المبيع، ولكن ملك الثمار هو حسن النية بموجب الحيازة، فيتقاضى المالك الحقيقى من البائع قيمة هذه الثمار[2]. ويرجع عليه بالتعويض أخيرا حتى لو لم يملك المشترى المبيع ولا الثمار، يطالبه بتعويض ما أصابه من ضرر بسبب خروج المبيع من يده. ومصدر التعويض هنا هو خطأ البائع، فقد تسبب فى الإضرار بالمالك الحقيقى ببيعه شيئاً مملوكا لهذا الأخير، لا سيما إذا كان البائع سيئ النية فانه يكون فى هذه الحالة مغتصباً. ويجوز الرجوع على البائع بالتعويض حتى لو كان حسن النية، فان حسن النية لا ينفى أن يكون هناك خطأ فى جانبه لعدم تحرزه فى بيع ما لا يملكه[3]. لكن إذا ثبت أن البائع كان حسن النية ولم يرتكب أى خطأ، كأن وجد المبيع مثلا فى تركة مورثه واعتقد بحسن نية أنه قد ورثه فباعه، لم يكن هناك محل للرجوع عليه بالتعويض.

١٦٦ – إذا أقر المالك الحقيقى البيع: وقد يقر المالك الحقيقى البيع بالرغم من أنه أجنبى عنه، وهذه خصوصية فى بيع ملك الغير كما قدمنا، وهذا الإقرار من شأنه أن ينقل الملكية من المالك الحقيقى إلى المشترى(1)، إذ زال العائق الذى كان يحول دون نقل

---

(١) بودرى وسينيا فقرة ١٢٥ – وانظر آنفا فقرة ١٥٤ فى الهامش وفقرة ١٦٤ فى الهامش.

(٢) استئناف مصر ٢٣ أبريل سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٣ رقم ١٣٨.

(٣) فيكون البائع بالرغم من حسن نيته معرضاً لدعوى تعويض يرفعها عليه البائع، ودعوى تعويض أخرى يرفعها عليه المشترى كما سبق القول. ودعوى التعويض التى يرجع بها المالك الحقيقى على البائع لا يبدأ سريان التقادم بالنسبة إليها من وقت وضع البائع يده على المبيع، بل من وقت البيع الذى صدر منه للمشترى فهو سبب التعويض. وتقدر قيمة الشئ وقت وجوب رده للمالك الحقيقى لا وقت البيع (استئناف مختلط ٣١ مارس سنة ١٩٤٢ م٥٤ ص١٥٣).

(1) أ– بيع ملك الغير تصرف قابل للابطال لمصلحة المشترى، ويجوز للمالك الحقيقى إقرار هذا البيع صراحة أو ضمنا.

(جلسة ١٩٩٠/٧/٢٥ الطعن ٢٤٥ لسنة ٥٥ق) =

الملكية برضاء المالك الحقيقى بالبيع. ولذلك يجب تسجيل هذا الإقرار فى بيع عقار الغير. ومتى انتقلت الملكية إلى المشترى، فقد زال السبب الذى من أجله جعل المشرع البيع قابلا للإبطال، فينقلب صحيحاً باقرار المالك الحقيقى (ratification) كما رأيناه ينقلب صحيحاً باجازة المشترى (confirmation). بل إن الإقرار أبعد أثرا من الإجازة، إذ هو لا يقتصر على تصحيح العقد فيما بين المتعاقدين، بل يجعل العقد فوق ذلك ساريا فى حق المالك الحقيقى وينقل الملكية إلى المشترى[1]. وهذا ما تنص عليه صراحة الفقرة الأولى من المادة ٤٦٧ مدنى، إذ تقول: «إذا أقر المالك البيع، سرى العقد فى حقه، وانقلب صحيحا فى حق المشترى»[2].

وينقلب العقد صحيحاً فى حق المشترى من وقت صدوره، أى أن لإقرار المالك الحقيقى كما لإجازة المشترى فى هذا الشأن أثراً رجعياً. ويسرى العقد فى حق المالك الحقيقى من وقت الإقرار، فلا تنتقل الملكية منه إلى المشترى إلا من هذا الوقت وهذا فيما يتعلق بحقوق الغير. ويترتب على ذلك أنه إذا كان المالك الحقيقى قد رتب حقاً عينياً على

= ب– إذا كان أحد ملاك العقار المبيع قد وقع على عقد البيع بصفته وكيلا عن باقى الملاك وثبت أنه لم تكن له صفه النيابة عنهم وقت ابرام التعاقد وأنه تصرف بغير علمهم فى حصصهم فى المبيع فأنهم متى أقروا البيع فان العقد يسرى فى حقهم عملا بالمادة ٤٦٧ من القانون المدنى.

(جلسة ١٩٦٧/١٢/٢٨ الطعن ٢٦٠ لسنة ٣٤ق س١٨ ص١٩٣٢)

جـ– إن توقيع المالك على عقد البيع الصادر من زوجته كضامن متضامن لا يمكن تأويله إلا بأنه اقرار لهذا البيع، وخصوصا إذا كان قد ورد فى هذا العقد وصفه كبائع مع زوجته، وكان هو لم يعارض فى دعوى صحة التعاقد التى أقامها الصادر له العقد وحكم فيها بصحة التعاقد ونفذ هذا الحكم وتسلم المشترى المبيع، واذن فمن الخطأ ألا يعتبر الحكم مثل هذا التوقيع إقرارا للبيع بمقولة إن الاجازة الصادرة من المالك الحقيقى فى حدود المادة ٢٦٤ مدنى (قديم) والتى بمقتضاها يصح العقد يجب أن تصدر من المالك فى صيغة أجازة صريحة.

(جلسة ١٩٥٠/٤/٢٠ طعن ١٨ لسنة ١٨ق)

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية٤ ص١٩٣.

(٢) استئناف مختلط أول أبريل سنة ١٩١٥ م٢٧ ص٢٥٧– وقد قضت محكمة النقض بأن توقيع المالك الحقيقى على عقد البيع الصادر من غيره ببيع ملكه هو باعتباره ضامناً متضامناً مع البائع يعتبر إقراراً للبيع، وليس من الضرورى أن يرد الاقرار فى صيغة إقرار صريح (نقض مدنى ٢٠ أبريل سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض١ رقم ١١١ ص٤٣٣– أنظر أيضاً نقض مدنى ١٥ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٣١ ص١٠٦). ولا يكون إقرار المالك الحقيقى للبيع إقراراً ضمنياً بمجرد قبضه للثمن، بل لابد أيضاً أن يعرف أن هذا هو ثمن ماله المبيع (استئناف مختلط ٢٥ مارس سنة ١٩١٤ م٢٦ ص٢٩٢)، وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن وكيل المسجون لا يجوز له أن يبيع ماله والموكل محجور عليه أثناء تنفيذ الحكم، فإذا باعه كان البيع بيع ملك الغير، ويقبل إقرار المسجون بعد تنفيذه مدة العقوبة وفك الحجر عنه (٢ فبراير سنة ١٩٤٣ م٥٥ ص٤٦).

لمبيع قبل إقراره للبيع، انتقلت ملكية المبيع إلى المشترى مثقلة بهذا الحق، وجاز للمشترى أن يرجع على البائع بضمان الاستحقاق الجزئى[1].

وإذا ما انقلب العقد صحيحاً باقرار المالك الحقيقى، بقى مرتباً لالتزاماته. فيكون البائع ملتزماً بنقل الملكية وقد انتقلت فعلا باقرار المالك. ويكون ملتزماً كذلك بضمان الاستحقاق كما إذا كان المالك قد رتب حقاً عينياً على البيع قبل إقراره للبيع، وملتزماً بضمان العيوب الخفية. أما المشترى فيكون ملتزماً بدفع الثمن والمصروفات وبتسلم المبيع[2].

٢- بيع المال الشائع

١٦٧- صور مختلفة: إذا ملك اثنان أو أكثر مالا بحصص معينة من غير أن تفرز حصة كل منهم، فالمال مشاع، وهم شركاء في الشيوع (م٨٢٥ مدنى). ويملك كل شريك فى الشيوع حصته الشائعة ملكاً تاماً، وله أن يتصرف فيها بجميع التصرفات الجائزة. ويتخذ التصرف فى المال المشاع صوراً متعددة، نقف عند ثلاث منها:

١- فتارة يتصرف الشريك فى حصته كما هى شائعة، فيبيعها مثلا من شخص آخر، شريك أو غير شريك. وهذه الصورة لا تثير إشكالا، وهى الصورة الغالبة فى التصرف فى المال المشاع[1]. ونرجئ الكلام فى تفصيلاتها، فمكانه الملكية الشائعة. ويلاحظ أن صاحب الحصة الشائعة المنقولة إذا باعها من أجنبى بطريق الممارسة، كان لشركائه فى هذا المنقول الشائع أن يستردوا الحصة المبيعة فى خلال ثلاثين يوماً من تاريخ علمهم بالبيع أو من تاريخ إعلانهم به (م٨٣٣ مدنى). أما فى العقار فللشركاء الأخذ بالشفعة، وفقاً للقواعد المقررة فى هذا الشأن.

٢- وتارة يتصرف الشريك قبل القسمة فى جزء مفرز من المال الشائع(1) أو فى كل المال الشائع الذى لا يملك إلا حصة فيه. ونبحث هذه الصورة هنا فى إيجاز، مرجئين التفصيل إلى حين الكلام فى الملكية الشائعة فى الجزء الخاص بحق الملكية.

٣- وأخيراً قد يتصرف الشركاء جميعاً فى المال الشائع عن طريق بيع التصفية (licitation) لعدم إمكان قسمة المال عيناً، ونبحث هذه الصورة أيضاً فى إيجاز.

أ- بيع الشريك جزءاً مفرزاً من المال الشائع أو كل المال الشائع

١٦٨- بيع الشريك جزءا مفرزا من المال الشائع: إذا باع الشريك جزءاً مفرزاً من المال الشائع قبل قسمة هذا المال، فانه يكون قد باع ما يملك وما لا يملك. ما يملك هو

(١) بودرى وسينيا فقرة ١٢٥- بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٥٥ ص٥٤ هامش ٥ وص٥٥- بيدان ١١ فقرة ١٠٧ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٠٨ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٧٣.

(٢) ويقول الأستاذ سليمان مرقس: «إن إقرار المالك يعد اعتمادا منه لما قام به البائع، فيترتب عليه التزام المالك من وقت صدور هذا الإقرار منه بكل ما التزم به البائع، أى أنه يحل فى عقد البيع ابتداء من هذا التاريخ محل البائع، وتقوم العلاقة بينه وبين المشترى مباشرة. فيجوز للمالك أن يطالب المشترى بالثمن وأن يعرض عليه تسلم المبيع، ويجوز للمشترى أن يطالب المالك بالتسليم وأن يرجع عليه بضمان التعرض أو بضمان العيوب الخفية عند الاقتضاء. ويترتب على إقرار المالك أيضاً أن تبرأ ذمة البائع من الالتزامات التى أنشأها عقد البيع، لأن هذه الالتزامات تنتقل كما تقدم إلى ذمة المالك. غير أنه إذا كان البائع قد حصل شيئاً من الثمن، عليه أن يؤدى عنه إلى المالك حساباً، وأن يدفع إليه رصيد هذا الحساب كما لو كان وكيلا عنه فى عقد البيع» (الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٧٣ - وانظر أيضاً الأستاذ جميل الشرقاوى فقرة ٤٠ ص٩٧). ومقتضى هذا الرأى أن إقرار المالك للبيع فى حكم النائب عنه، فينصرف أثر العقد إلى المالك بعد أن كان منصرفاً إلى البائع، وذلك بأثر رجعى من وقت البيع - لا من وقت الإقرار إلا فى حقوق الغير - ويصح القول هنا إن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة (دى باج٤ فقرة ٣٢ ص٦٩- الإستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ٤٠١ ص٥٨٦). أو يقال إن المشترى ، فى حالة إقرار المالك، يكون له مدينان بالتضام (in solidium)، البائع والمالك، ويكون هذان كذلك دائنين بالتضمم للمشترى (قارن الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١١٣ ص٢٤٦).

(١) ويخلف المشترى البائع فى حصته الشائعة، وتصبح له جميع الحقوق التى للبائع، ويدخل فى ذلك الحق فى طلب القسمة وما يترتب على الأثر الكاشف (بودرى وسينيا فقرة ١٢١ ص١١٧).

(1) أ- إذا كان البيع منصبا على جزء مفرز من العقار الشائع وكان سابقا على اجراء القسمة بين الشركاء، فان المشترى فى هذه الحالة لا يعتبر بالتطبيق للفقرة الثانية من المادة ٨٢٦ من القانون المدنى - حتى ولو بحل عقده قبل تسجيل القسمة - شريكا فى العقار الشائع ولا يكون له أى حق من حقوق الشركاء وبالتالى لا يلزم تمثيله فى القسمة، ومتى تمت هذه القسمة بين الشركاء فأنها تكون حجة عليهم ولو لم يكن طرفا فيها ويترتب عليه فى حقه ما يترتب عليها فى حق المتقاسمين من إنهاء حالة الشيوع واعتبار كل متقاسم مالكا للجزء المفرز الذى وقع فى نصيبه ويتحدد بهذه القسمة مصير التصرف الصادر إليه، فإذا وقع القدر المبيع المفرز فى نصيب الشريك البائع خلص له هذا القدر وان لم يقع انتقل حقه من وقت التصرف إلى الجزء الذى آل إلى البائع بطريق القسمة.

(جلسة ١٩٨١/١/٢٠ الطعن ١٤٠٩ لسنة ٤٩ق مجموعة احكام النقض السنة ٣٢ ص٢٣٥)

ب- مؤدى نص المادة ١٠ من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ فى شأن تنظيم الشهر العقارى أنه بمجرد حصول القسمة وقبل تسجيلها يعتبر المتقاسم فيما بينه وبين المتقاسمين الآخرين مالكا ملكية مفرزة للجزء الذى وقع فى نصيبه دون غيره من اجزاء العقار المتقاسم وأنه لا يحتج بهذه الملكية المفرزة على الغير إلا إذا سجلت القسمة.

(جلسة ١٩٨٠/٢/١٢ مجموعة أحكام النقض السنة ٣١ ص٤٧٦)

(جلسة ١٩٥٦/٦/٢٨ الطعن ٣٦١ لسنة ٢٢ق س٧ ص٧٦٠)

حصته فى الشيوع فى هذا الجزء المفرز، وما لا يملك هو حصص سائر الشركاء فى هذا الجزء. ويجب لبيان الحكم فى هذا الفرض أن نميز بين حالتين: فاما أن يكون المشترى عالماً بأن البائع لا يملك الجزء المفرز الذى يبيعه وإنما يملك حصة فيه على الشيوع، وإما أن يكون غير عالم بذلك ويعتقد بحسن نية أن البائع يملك دون شريك الحصة المفرزة التى باعها.

ففى الحالة الأولى يكون المفروض أن المشترى قد اشترى من البائع الجزء المفرز أو ما يحل محله مما يقع فى نصيب البائع عند القسمة. فان وقع الجزء المفرز عند القسمة فى نصيب البائع فقد خلص المشترى، وإن لم يقع تحول حق المشترى بحكم الحلول العينى من الجزء المفرز المبيع إلى الجزء المفرز الذى وقع فعلا فى نصيب البائع[1](I). وهذا الحكم منصوص عليه صراحة فى التقنين المدنى الجديد فى الفقرة الثانية من المادة ٨٢٦، إذ تقول: «وإذا كان التصرف منصباً على جزء مفرز من المال الشائع، ولم يقع هذا الجزء عند القسمة فى نصيب المتصرف، انتقل حق المتصرف إليه إلى الجزء الذى آل إلى المتصرف، بطريق القسمة». ومن ثم لا يجوز للمشترى فى هذه الحالة أن يطلب إبطال البيع، حتى بالنسبة إلى حصص الشركاء الآخرين غير الشريك البائع باعتبار أن البيع الواقع على هذه الحصص هو بيع ملك الغير[2]. بل يجب أن يتربص حتى يرى هل يقع عند القسمة الجزء المفرز المبيع فى نصيب البائع، فان وقع فقد أصبح مالكاً له خلفاً عن

(١) استئناف مختلط ٢٤ مايو سنة ١٩٣٨ م٥٠ ص٣٢١ (بيع بالمزاد الجبرى).

(٢) قارن الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٨٧ ص٤٧١ – ص٤٧٢ – وذلك لأن البيع الواقع على حصص الشركاء يختلف عن بيع ملك الغير فى أن هذه الحصص قد تقع فى نصيب الشريك البائع عند القسمة، فتعتبر بفضل الأثر الكاشف للقسمة أنها كانت مملوكة للشريك البائع وقت البيع، فلا يكون قد باع ما لا يملك. هذا إلى أن المشترى، وهو يعلم أن البائع لا يملك كل الجزء المفرز الذى يبيعه، يكون قد ارتضى شراء ما ستتركز عليه حصة البائع الشائعة بعد القسمة.

(I) من المقرر أن للشريك على الشيوع أن يبيع جزءا مفرزاً من المال الشائع قبل اجراء القسمة فقد نصت المادة ٢/٨٢٦ من القانون المدنى على أنه «إذا كان التصرف منصبا على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع الجزء عند القسمة فى نصيب المتصرف انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذى آل إلى المتصرف بطريق القسمة» ومتى تقرر ذلك فان الطاعن يكون قد اشترى من المطعون عليه الجزء المفرز الذى يبيعه أو ما يحل محله مما يقع فى نصيب المطعون عليه عند القسمة، فان وقع الجزء المفرز عند القسمة فى نصيب المطعون عليه خلص للطاعن. وإن لم يقع انتقل حق الطاعن بحكم الحلول العينى من الجزء المفرز المبيع إلى الجزء المفرز الذى يؤول إلى المطعون عليه بطريق القسمة، ومن ثم كان للوالد أن يبيع لابنه مفرزا أو شائعا وأن يبيع ابنه بدوره إلى الطاعن مثل ذلك، ويكون النعى على الحكم المطعون فيه بأن البائع لا يملك الحصة المبيعة مفرزة يكون على غير أساس.

(جلسة ١٩٨٠/٣/٢٥ الطعن ٩١٠ لسنة ٤٥ق مجموعة النقض السنة ٣٠ ص٨٨٨).

البائع، ومنذ البيع بفضل الأثر الكاشف للقسمة، وإلا فقد ملك الجزء المفرز الذى وقع فعلا فى نصيب البائع بفضل الحلول العينى الذى نصت عليه المادة ٨٢٦ مدنى[1](1).

وفى الحالة الثانية، إذا كان المشترى يجهل أن البائع لا يملك إلا فى الشيوع، فقد وقع فى غلط جوهرى متعلق بالعين المبيعة، إذ كان يعتقد أنها مملوكة للبائع دون شريك. فيكون البيع فى حصة الشريك البائع بيعاً مشوباً بغلط جوهرى، وفى حصص سائر الشركاء بيع ملك الغير، ومن ثم يكون قابلا للإبطال فى كل المبيع. ويجوز إذن للمشترى، قبل القسمة، طلب إبطال البيع، لا فى حصص الشركاء الآخرين فحسب، بل أيضاً فى حصة الشريك البائع. وهذا ما تنص عليه صراحة العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية من المادة ٨٢٦ مدنى، إذ تقول: «وللمتصرف إليه، إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف

(١) الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤١٤ – الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٨٦ – وانظر فى عهد التقنين المدنى السابق: استئناف وطنى ٢٦ مايو سنة ١٩١٤ الشرائع ١ رقم ٤٠٨ ص ٢٤٩ – ٧ أبريل سنة ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٢٦ رقم ٨٧ – استئناف مختلط ٢٤ فبراير سنة ١٩٣١ م٤٣ ص٢٤٤ – ١٣ يناير سنة ١٩٤٤ م٥٦ ص٣٤ (البيع صحيح إذا أقره باقى الشركاء) – ٢٧ مايو سنة ١٩٤٧ م٥٩ ص٢٣٠ – وانظر عكس ذلك فى أن البيع باطل بطلانا مطلقاً: استئناف مصر ١٨ فبراير سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٣٤ ص١٩.

وقد قضت محكمة النقض بأنه ليس ثمة ما يمنع البائع، وإن كان مالكا على الشيوع، أن يبيع ملكه محدداً مفرزاً. وحالة التحديد هذه، وإن ظلت موقوفة أو معلقة على نتيجة القسمة أو إجازة الشريك على الشيوع، إلا أن ذلك كله لا يبطل عقد البيع (نقض مدنى ٧ ديسمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٢٧ ص١٣٨).

(1) الغير فى حكم المادة العاشرة من قانون الشهر العقارى هو من تلقى حقا عينيا على العقار على أساس أنه ما زال مملوكاً على الشيوع وقام بتسجيله قبل تسجيل سند الملكية، وأما من تلقى من أحد الشركاء حقا مفرزا فانه لا يعتبر غيرا ولو سبق إلى تسجيل حقه قبل تسجيل القسمة إذ أن حقه فى الجزء المفرز الذى انصب عليه التصرف يتوقف مصيره على النتيجة التى تنتهى إليها القسمة وذلك لما هو مقرر بالمادة ٢/٨٢٦ من القانون المدنى من أن التصرف إذا انصب على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة فى نصيب المتصرف انتقل حقه المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذى اختص به المتصرف بوجه القسمة مما مفاده أن القسمة غير المسجلة يحتج بها على من اشترى جزءا مفرزا من أحد المتقاسمين ويترتب عليها فى شأنه ما يترتب عليه فى شأن المتقاسمين من انهاء حالة الشيوع واعتبار كل متقاسم مالكا للجزء المفرز الذى وقع فى نصيبه بموجب القسمة ومن ثم فإنه لا يكون لمن اشترى جزءا مفرزا لم يقع في نصيب البائع له بموجب القسمة أن يطلب الحكم بصحة البيع بالنسبة إلى ذلك الجزء ذاته طالما أن القسمة وإن كانت لم تسجل تعتبر حجة عليه وترتب انتقال حقه من الجزء المفرز المعقود عليه إلى النصيب الذى اختص به البائع بموجب تلك القسمة.

(جلسة ١٩٩٤/٤/٢ الطعن ٣٦٤ لسنة ٢٩ق س١٥ ص٥٠٣).

فيها مفرزة، الحق في إبطال التصرف»(١). ولكن إذا حصلت القسمة قبل أن يطلب المشترى إبطال البيع، فوقع الجزء المفرز المبيع في نصيب البائع، اعتبر أنه مالك له وقت البيع بفضل الأثر الكاشف للقسمة، فخلصت ملكيته للمشترى، وانقلب البيع صحيحاً، فلم يعد للمشترى الحق في طلب إبطال البيع. وإذا كان بيع ملك الغير ينقلب صحيحاً بصيرورة البائع مالكاً للمبيع بعد البيع، فأولى أن ينقلب البيع في الحالة التي نحن بصددها صحيحاً وقد اعتبر البائع مالكاً للمبيع وقت البيع. أما إذا لم يقع الجزء المفرز المبيع في نصيب البائع، فان المشترى يستبقى حقه في طلب إبطال البيع، ولا يجبر على أخذ الجزء المفرز الذى وقع فعلا في نصيب البائع، لأن الحلول العينى وفقاً للمادة ٨٢٦ مدنى لا يكون إلا حيث يعلم المشترى وقت البيع أن البائع لا يملك في الجزء المفرز إلا حصة في الشيوع(٢).

---

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر في عهد التقنين المدنى السابق بأن الشراح والمحاكم اختلفوا رأيا في حكم المبيع المفروز من مالك على الشيوع، وترى المحكمة الأخذ بالرأى القائل ببطلان البيع طالما لم يثبت أن المشترى كان عالما بحالة الشيوع. ذلك لأن المفروض فيمن يشترى عيناً محددة أن ينتفع بها فوراً بغير منازع، فجعل البيع موقوفاً على نتيجة القسمة فيه تعليق للملكية على أمور احتمالية غير محققة قد يطول أمرها وتستلزم مصاريف كثيرة وجهوداً شاقة، وليس من العدل تحميل المشترى بها (١٨ فبراير سنة ١٩٣٢ المجموعة الرسمية ٣٣ رقم ١٦٧ – وانظر أيضاً استئناف مصر ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٣٦ المجموعة الرسمية ٣٨ رقم ٩١).

ولا يوجد في التقنين المدنى الفرنسى نص يقابل الفقرة الثانية من المادة ٨٢٦ من التقنين المدنى المصرى. ومن ثم لا يميز القضاء الفرنسى بين المشترى الذى يعلم بأن البائع لا يملك إلا حصة شائعة والمشترى الذى يعتقد أن البائع يملك المبيع دون شريك، ففى الحالتين يكون بيع الجزء المفرز قابلا للإبطال، لا موقوفاً على شرط هو نتيجة القسمة، إذ لا يجوز الخلط بين الأثر الكاشف للقسمة والأثر الرجعى للشرط. ويستطيع المشترى أن يطلب إبطال البيع قبل القسمة، ولا يستطيع البائع ذلك، وفقاً لأحكام بيع ملك الغير. وكذلك يستطيع الشريك في الشيوع غير البائع استرداد حصته الشائعة فيما باعه شريكه. فإذا رفع المشترى دعوى الإبطال، جاز له أن يطلب إبطال البيع في كل المبيع إذا أثبت أنه لم يكن ليشترى حصة البائع وحده، وذلك كما في الاستحقاق الجزئى (بيدان ١١ فقرة ١١٠– فقرة ١١١). وانظر أيضاً في القانون الفرنسى بودرى وسينيا فقرة ١٢١ (ويذهبان إلى أن البيع يكون موقوفاً على نتيجة القسمة في الحالتين)– بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٥١– أنسيكلوبيدى داللوز ٥ لفظ vente فقرة ٣٧٠ – فقرة ٣٧٦.

(٢) وللمشترى بطبيعة الحال أن يجيز البيع، فيأخذ الجزء المفرز الذى وقع في نصيب البائع بدلا من الجزء المفرز المبيع. وليس هذا تحولا لعقد باطل، بل هو إجازة لعقد قابل للإبطال (قارن الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٨٦ ص٤٦٧).

وهذا كله مفروض فيه أن المبيع جزء مفرز. أما إذا باع الشريك جزءاً شائعاً مجاوزاً فيه نصيبه في الشيوع، فالبيع غير نافذ منذ البداية فيما جاوز نصيبه. وقد قضت محكمة النقض بأن للقول بأن الشريك الذى يملك مشاعاً القدر الذى باعه مفرزاً لا يقبل منه ولا من شركائه الادعاء بعدم نفاذ البيع في حصصهم ما دامت القسمة لم تقع ولم يقع البيع في نصيبهم– هذا القول محله أن ==

١٦٩– بيع الشريك كل المال الشائع: وإذا باع الشريك كل المال الشائع، وكان المشترى وقت البيع يعتقد أن المال مملوك للبائع وحده، فان البيع يكون قابلا للإبطال في حصة الشريك البائع للغلط الجوهرى، وفى حصص سائر الشركاء لأن بيع الشريك لها هو بيع لملك الغير(١).

فإذا كان المشترى يعلم وقت البيع أن للبائع شركاء في المال المبيع، ولم يستطع البائع أن يستخلص ملكية كل هذا المال، كان للمشترى الحق في طلب فسخ البيع. فان وقع جزء مفرز من المال المبيع في نصيب البائع عند القسمة، كان للمشترى الحق إما في أخذه مع دفع ما يناسبه من الثمن، وإما في فسخ البيع لتفرق الصفقة. وإذا استطاع البائع استخلاص ملكية المبيع، كأن حصل على إقرار الشركاء للبيع أو اشترى حصصهم أو انتقلت إليه هذه الحصص بأى سبب آخر من أسباب انتقال الملكية، لم يعد للمشترى الحق في طلب فسخ البيع، إذ تنتقل إليه من البائع ملكية كل المال المبيع ولا تتفرق عليه الصفقة(1).

١٧٠– أثر البيع في حقوق باقى الشركاء: سواء وقع البيع على جزء مفرز من المال الشائع أو على كل المال الشائع، فان الشركاء الآخرين – غير الشريك البائع – يعتبرون من الغير في هذا البيع بالنسبة إلى حصصهم الشائعة في الجزء المفرز أو حصصهم الشائعة في كل المال الشائع. وينفذ البيع في حقهم بالنسبة إلى حصة الشريك الشائعة، فيحل المشترى محل الشريك البائع في هذه الحصة، ويصبح شريكاً في الشيوع مع سائر الشركاء. فليس لشريك من هؤلاء أن يتعرض للمشترى في حصته الشائعة، ولا أن يطلب إبطال البيع في هذه الحصة، ولا أن يدعى الاستحقاق فيها. وإنما يستحق الشريك الجزء المفرز أو المال الشائع إذا وقع في نصيبه عند القسمة، بفضل الأثر الكاشف

== يكون المبيع جزءا مفرزاً معيناً من الأموال الشائعة. أما إذا كان المبيع غير مفرز، وتجاوز البائع مقدار نصيبه الشائع، فلا يقبل هذا القول (نقض مدنى ١٥ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٢٧ ص٩٢). وانظر في حالة ما إذا كان الجزء المبيع المفرز أقل أو أكثر من قيمة الحصة الشائعة (الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٨٦ ص٤٦٨ – ص٤٦٩).

(١) الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤١٥.

(1) لا يجوز الحكم للمشترى بصحة ونفاذ البيع عن قدر مفرز إذا كان المبيع شائعا ما لم يثبت حصول قسمة نافذة ووقوع القدر المبيع في نصيب البائع له بمقتضى هذه القسمة ذلك أن البائع له لم يكن يملك وضع يده مفرزاً على حصته قبل حصول القسمة إلا برضاء باقى الشركاء جميعا ولا يمكن أن يكون للمشترى حقوق أكثر مما كان لسلفه ولأن القضاء بالتسليم في هذه الحالة يترتب على افراز جزء من المال الشائع بغير الطريق الذى رسمه القانون.

(جلسة ١٩٦٥/١٢/٢ الطعن ٤٩٤ لسنة ٢٩ق س١٦ ص١١٧٢).

لها[1](1). وعلى العكس من ذلك يخلص للمشترى الجزء المفرز أو المال الشائع إذا وقع

(١) وقد قضت محكمة النقض في عهد التقنين المدني السابق بأنه إن اختلف الفقهاء والقضاة في حكم بيع الشريك جزءاً مفروزاً من مال مشاع هل يقع صحيحاً في حصة البائع منه وباطلا في حصر شركائه أم يقع موقوفاً على نتيجة القسمة بين جميع الشركاء، فإنما وقع اختلافهم هذا في تقرير حكم العقد بين عاقديه. فمن ذهب إلى اعتباره باطلا جعل للمشترى حق إبطاله من يوم العقد لما فيه من تفريق الصفقة عليه، ومن رأى أنه بيع موقوف لم يجعل للمشترى سبيلا على البائع إلا عند خروج المبيع من حصة بائعه بالقسمة. أما في تقرير حكم العقد في علاقة المشترى مع من يدعى استحقاق المبيع لنفسه- سواء أكان هذا المدعى شريكاً في المال المشاع أم متلقياً ملكه عن شريك فيه على المشاع – فلا خلاف في أنه ليس للمستحق أن يدعى الاستحقاق في البيع إلا بعد قسمة المال الشائع ووقوع المبيع في نصيبه هو لا في نصيب البائع لذلك المشترى. وإذن فكل ادعاء منه قبل ذلك يكون سابقاً لأوانه، خليقاً بأن تحكم المحكمة فيه بعدم قبوله أو برفضه (نقض مدنى ١٦ يونيه سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٥٨ ص١٣١ – ٢ مايو سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٥٤ ص١٨٩). وقضت أيضاً بأن للشريك في الشيوع في التركة أن يبيع حصته محددة، ولا يستطيع أحد الشركاء الاعتراض على هذا البيع والادعاء بأنه يستحق المبيع ما دام أن التركة لم تقسم قسمة إفراز (نقض مدنى ٣٠ يونيه سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١٨٠ ص١٣٤١). وقضت كذلك بأنه ليس ثمة ما يمنع البائع، وإن كان مالكاً على الشيوع، أن يبيع ملكه محدداً مفرزاً، وأن حالة التحديد هذه وإن ظلت موقوفة أو معلقة على نتيجة القسمة أو إجازة الشريك على الشيوع، إلا أن هذا كله لا يبطل عقد البيع. وبتسجيل المشترى لعقده تنتقل الملكية إليه، ويصبح شريكاً لباقى الشركاء تجب مخاصمته في دعوى القسمة إن لم يجز هؤلاء الباقون من الشركاء عقده. وعلى ذلك فإنه ليس للمستحق – سواء أكان شريكاً على الشيوع أم متلقياً ملكه من شريك على الشيوع – أن يدعى الاستحقاق في المبيع إلا بعد القسمة ووقوع المبيع في نصيبه هو لا في نصيب البائع لذلك المشترى. وهذا الذى استقر عليه قضاء هذه المحكمة في ظل القانون المدنى القديم هو ما أخذ به القانون المدنى الحالى في المادة ٦٢٨ منه (نقض مدنى ٢٨ يونيه سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ١٠٧ ص٧٦٠. وانظر أيضاً استئناف مصر ٢٤ أبريل سنة ١٩٤٠ المجموعة الرسمية٤٢ رقم ٨١- استئناف أسيوط ١٣ أكتوبر سنة ١٩٤٧ المجموعة الرسمية ٤٩ رقم ٧٣- ولكن قارن استئناف مصر ٥ يناير سنة ١٩٣٢ المجموعة الرسمية٣٣ رقم ١٩٤).

(1) أنه لئن كان بيع الشريك المشتاع لقدر مفرز من نصيبه لا ينفذ في حق باقي الشركاء بل يظل معلقا على نتيجة القسمة إلا أنه يعتبر صحيحا ونافذا في حق الشريك البائع منتجاً لآثاره القانونية على نفس المحل المفرز المتصرف فيه قبل القسمة، أما بعد القسمة فاستقرار التصرف على ذات المحل رهين بوقوعه في نصيب الشريك البائع فان وقع في غير نصيبه ورد التصرف على الجزء الذى يقع في نصيبه نتيجة القسمة، وينبنى على ذلك أنه إذا سجل المشترى لقدر مفرز عن الشريك المشتاع بعد شرائه انتقلت إليه ملكية هذا القدر المفرز في مواجهة البائع له في فترة ما قبل القسمة بحيث يمتنع على البائع التصرف في هذا القدر إلى الغير، فان تصرف فيه كان بائعا لملك الغير فلا يسرى على هذا البيع في حق المالك الحقيقى وهو المشترى الأول الذى انتقلت إليه ملكية هذا القدر من وقت تسجيل عقد شرائه.

(جلسة ١٩٧٥/٢/١٧ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٦ ص٤٠٢.

في نصيب البائع عند القسمة، أو إذا أقر سائر الشركاء البيع قبل القسمة[1].

ب- بيع التصفية

(licitation)

١٧١- متى يكون بيع التصفية: إذا كان هناك شركاء على الشيوع في مال شائع، وأراد أحد الشركاء القسمة، ولم تمكن قسمة المال عيناً، بيع المال ليقتسم الشركاء الثمن بنسبة حصصهم وذلك لتصفية الشيوع، ومن أجل هذا سمى هذا البيع بيع التصفية. وقد يشترى المال الشائع أجنبى فيدفع كل الثمن، وقد يشتريه أحد الشركاء فيدفع الثمن بعد استنزال نصيبه فيه بقدره حصته. ونرى من ذلك أن بيع التصفية لا يكون إلا إذا توافر شرطان:

(الشرط الأول) أن يكون هناك حق في الشيوع، كحق ملكية شائع أو حق انتفاع شائع، فإذا ملك الشئ الواحد أو حق الانتفاع فيه عدة ملاك أو عدة منتفعين على الشيوع، جاز بيع التصفية[2]. ولا عبرة بسبب الشيوع، فقد يكون الميراث كما هو الغالب، وقد يكون سبباً آخر كما إذا اشترى عدة أشخاص دارا على الشيوع فيما بينهم أو كان الشيوع سببه في الأصل عقد شركة مدنية أو تجارية. ويجب أن تكون حقوق المشتاعين من طبيعة واحدة، كأن يكونوا شركاء في حق ملكية أو شركاء في حق انتفاع. أما إذا وجد من يملك الرقبة ومعه من يملك حق الانتفاع، فهذان لا يجوز بينهما القسمة

(١) نقض مدنى ٣١ ديسمبر سنة ١٩٤٤ المحاماة ٧٧ رقم ٣٦٢ ص٨٦٦- الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤١٦ ص٣٩٩- وإذا كان المشترى حسن النية يعتقد أن الشريك البائع يملك وحده المبيع دون شريك، فإن البيع الصادر إليه يعتبر سبباً صحيحاً، فإذا حاز المبيع خمس سنوات ملكه بالتقادم القصير حتى فيما يتعلق بحصص الشركاء الآخرين، ولم يعد لهؤلاء الحق في استرداد حصصهم من تحت يده (نقض مدنى ٢٣ أبريل سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر٣ رقم ١٥٢ ص٤٢٣- الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤١٦ ص٣٩٩ هامش رقم ١ – الأستاذ سليمان مرقس رقم ٢٨٨ ص٤٧٣).

وقبل القسمة يملك بقية الشركاء مطالبة المشترى بالاتفاق معهم على طريقة الانتفاع بالمال المبيع بعد أن أصبح مملوكاً لهم وللمشترى على الشيوع (استئناف مصر ٢٤ أبريل سنة ١٩٤٠ المحاماة ٤١ رقم ٣١ ص٤٦). ولهم أن يطالبوه بالقسمة، فإذا تمت القسمة اختص كل منهم بما يقع في نصيبه (الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٨٨ ص٤٧٣).

(٢) ويصح أن يكون الشئ المملوك على الشيوع حقاً شخصياً، كحق المستأجر وحق المدعو له بالبيع، فإذا تعدد أصحاب هذه الحقوق وكانوا في الشيوع، أو تركوا ورثة متعددين، جاز بيع الحق الشخصى بيع تصفية. كما يجوز بيع الديون التى للتركة بيع تصفية، ويقع ذلك غالباً إذا كانت هذه الديون مشكوكاً في صحتها أو مشكوكاً في ملاءة مدينيها (بودرى وسينيا فقرة ٧٣٢ ص٧٦٦- ص٧٦٧).

ولا بيع التصفية، لأن الرقبة غير حق الانتفاع. فإذا وجد ملاك شائعون للرقبة، وكان حق الانتفاع منفصلا عن الرقبة فى يد أحد ملاك الرقبة أو فى يد أجنبى، جاز بيع التصفية فى الرقبة لأنها شائعة، ولا يجوز فى حق الانتفاع لأنه غير شائع[1]. وكذلك إذا كانت الرقبة فى يد مالك واحد، وكان حق الانتفاع لعدة منتفعين على الشيوع، جاز بيع التصفية فى حق الانتفاع دون الرقبة. أما إذا كانت الرقبة مملوكة لملاك متعددين فى الشيوع، وكذلك حق الانتفاع ثابت لمنتفعين متعددين فى الشيوع، جاز بيع التصفية فى الرقبة منفصلة عن حق الانتفاع، وبيع التصفية فى حق الانتفاع منفصلا عن الرقبة، فلا يتلازم الحقان فى بيع التصفية.

(الشرط الثانى) أن يكون المال الشائع لا تمكن قسمته عيناً بغير ضرر. وتنص المادة ٨٤١ مدنى فى هذا الصدد على أنه «إذا لم تمكن القسمة عيناً، أو كان من شأنها إحداث نقص كبير فى قيمة المال المراد قسمته، بيع هذا المال بالطريق المبينة فى قانون المرافعات، وتقتصر المزايدة على الشركاء إذا طلبوا هذا بالإجماع». وتنص المادة ٤٦٤ من تقنين المرافعات على أن «العقار المملوك على الشيوع، إذا أمرت المحكمة ببيعه لعدم إمكان القسمة بغير ضرر، يجرى بيعه بطريق المزايدة...». فإذا أمكنت قسمة المال عيناً دون ضرر، لم يكن هناك محل لبيع التصفية، بل يقسم المال أجزاء مفرزة طبقاً للإجراءات المفررة فى قسمة المال الشائع. أما إذا لم تمكن قسمة المال عيناً لأن طبيعته تستعصى على هذه القسمة كالسيارة والفرس، أو أمكنت القسمة ولكن بضرر يعود على المال المقسوم إذ تنقص قيمته نقصاً كبيراً كالمصنع والمبنى، جاز الالتجاء إلى بيع التصفية[2].

١٧٢ – إجراءات بيع التصفية: إذا اتفق الشركاء جميعاً، ولم يكن بينهم من هو ناقص الأهلية، على إجراء بيع التصفية بالممارسة أو بالمزاد بطريقة يرسمون إجراءاتها، جاز ذلك ووجب اتباع ما اتفقوا عليه. وتقول المادة ٨٣٥ مدنى فى هذا الصدد «للشركاء، إذا

(1) فيبقى حق الانتفاع قائماً على العين كلها إذا بيعت بيع تصفية، أو قائماً على الأجزاء المفرزة إذا حصلت القسمة عيناً. وهناك رأى يذهب إلى جواز بيع العين كلها – رقبة ومنفعة – بيع تصفية، ويكون للمنتفع حق انتفاع على الثمن. ولكن هذا الرأى غير سليم، لأن المنتفع لا يجبر على التحول من الانتفاع بالعين إلى الانتفاع بالثمن ما دام حقه غير شائع وليس هناك محل لقسمة هذا الحق ولا لبيع التصفية فيه (ديمولومب ١٥ فقرة ٤٩٠. جيوار ٢ فقرة ٧٣١ – لوبرى ورو ٢ فقرة ٢٦٦ – بودرى وسينيا فقرة ٧٢٨ ص٧٦١).

(2) فمن قبيل بيع التصفية ما جاء فى المادة ٩٠٦ مدنى من أنه «إذا كان بين أموال التركة مستغل زراعى أو صناعى أو تجارى مما يعتبر وحدة اقتصادية قائمة بذاتها، وجب تخصيصه برمته لمن يطلبه من الورثة إذا كان أقدرهم على الاضطلاع به. وثمن هذا المستغل يقوم بحسب قيمته، ويستنزل من نصيب الوارث فى التركة. فإذا تساوت قدرة الورثة على الاضطلاع بالمستغل، خصص لمن يعطى من بينهم أعلى قيمة بحيث لا تقل عن ثمن المثل».

انعقد إجماعهم، أن يقتسموا المال الشائع بالطريقة التى يرونها. فإذا كان بينهم من هو ناقص الأهلية، وجبت مراعاة الإجراءات التى يفرضها القانون».

أما إذا لم يتفق الشركاء جميعاً على طريقة معينة، أو كان بينهم من هو ناقص الأهلية، فإنه لا يمكن إجراء بيع التصفية إلا طبقاً للإجراءات المقررة فى تقنين المرافعات. وقد رأينا أن المادة ٤٦٤ من تقنين المرافعات تنص على أن «العقار المملوك على الشيوع، إذا أمرت المحكمة ببيعه لعدم إمكان القسمة بغير ضرر، يجرى بيعه بطريق المزايدة بناء على قائمة بشروط البيع يودعها قلم كتاب المحكمة الجزئية المختصة من يعنيه التعجيل من الشركاء»[1].

ويخلص مما قدمناه أنه إذا لم يكن بين الشركاء من هو ناقص الأهلية، جاز لهم أن يتفقوا جميعاً على أن تقتصر المزايدة على الشركاء، فلا يدخل أجنبى فى المزاد، ويرسو المال على الشريك الذى يقدم أكبر عطاء[2].

١٧٣ – الآثار التى تترتب على بيع التصفية: تختلف هذه الآثار اختلافاً جوهرياً بحسب ما إذا كان مشترى المال الشائع أو من رسا عليه المزاد فيه هو أحد الشركاء، أو كان أجنبياً. ففى الحالة الأولى يعتبر بيع التصفية قسمة محضة، وقد وقع المال الشائع كله فى نصيب الشريك الذى اشتراه. فان زادت حصته فى جميع الأموال الشائعة على الثمن الذى اشترى به، أخذ الباقى من أموال أخرى شائعة بعد قسمتها، أو من طريق معدل (soulte) للقسمة. وإن زاد الثمن على حصة الشريك، دفع هذا للشركاء الآخرين معدلا للقسمة. أما فى الحالة الثانية فيعتبر بيع التصفية بيعاً عادياً صادراً من جميع الشركاء للمشترى، وتجرى أحكام البيع فى العلاقة ما بينهم وبين المشترى[3].

وما يترتب على هذا الاختلاف فى الحكم ما يأتى: (١) يتقاضى على التسجيل رسم

(1) وتنص المادة ٤٦٥ مرافعات على أن «تشتمل قائمة شروط البيع فضلا عن البيانات المذكورة فى المادة ٤٦٠ على بيان جميع الشركاء وموطن كل منهم، كما يرفق بها فضلا عن الأوراق المذكورة فى المادة ٤٦١ صورة من الحكم الصادر بإجراء البيع». وتنص المادة ٤٦٦ مرافعات على أن «يخبر قلم الكتاب بإيداع قائمة شروط البيع الدائنين المذكورين فى المادة ٤٦٢ وجميع الشركاء». وتنص المادة ٤٦٢ مرافعات على أن «لكل من الشركاء أن يبدى ما لديه من أوجه البطلان والملاحظات على شروط البيع، بطريق الاعتراض على القائمة». وتنص المادة ٤٦٨ مرافعات على أن «تطبق على بيع العقار لعدم إمكان قسمته وعلى بيعه اختياراً الأحكام المقررة لبيع عقار المفلس وعديم الأهلية والغائب، فيما عدا إخبار النيابة العامة بإيداع قائمة شروط البيع». والأحكام المشار إليها فى النص تقضى بأن تكون إجراءات البيع هى نفس إجراءات بيع العقار بناء على طلب الدائنين (م٤٦٣ مرافعات).

(2) وتقضى المادة ١٦٨٧ من التقنين المدنى الفرنسى بأن الأصل ألا يدخل فى المزايدة غير الشركاء، فلا يدخل أجنبى، ما لم يطلب ذلك أحد الشركاء أو ما لم يكن بين الشركاء من هو ناقص الأهلية (أنظر فى هذه المسألة بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢٢٤).

(3) أما فى اقتسام الثمن ما بين الشركاء، فتجرى أحكام القسمة. وانظر فى حقوق الغير المكسوبة على المال الشائع بالنسبة إلى هذا الثمن بودرى وسينيا فقرة ٧٤٧.

البيع، ويكون ضرورياً لنقل الملكية حتى فيما بين المتعاقدين، إذا كان المشترى أجنبياً. ويتقاضى عليه رسم القسمة، ولا يكون ضرورياً لنقل الملكية إلا بالنسبة إلى الغير، إذا كان المشترى أحد الشركاء. (٢) التصرفات التى صدرت من الشركاء فى المال الشائع تبقى إذا كان المشترى أجنبياً، وتزول إذا كان المشترى أحد الشركاء وذلك فيما عدا التصرفات التى صدرت من هذا الشريك. (٣) الثمن يكون مضموناً بامتياز البائع إذا كان المشترى أجنبياً، وبامتياز المتقاسم إذا كان المشترى أحد الشركاء. (٤) تسرى أحكام الغبن فى البيع أو فى القسمة، بحسب ما يكون المشترى أجنبياً أو أحد الشركاء. (٥) تسرى أحكام ضمان الاستحقاق وضمان العيوب الخفية فى البيع أو فى القسمة، بحسب ما يكون المشترى أجنبياً أو أحد الشركاء[1].

٣- بيع المريض مرض الموت

١٧٤- النصوص القانونية: تنص المادة ٤٧٧ من التقنين المدنى على ما يأتى:

«١- إذا باع المريض مرض الموت لوارث أو لغير وارث بثمن يقل عن قيمة المبيع وقت الموت، فان البيع يسرى فى حق الورثة إذا كانت زيادة قيمة المبيع على الثمن لا تجاوز ثلث التركة، داخلا فيها المبيع ذاته».

«٢- أما إذا كانت هذه الزيادة تجاوز ثلث التركة، فان المبيع فيما يجاوز الثلث لا يسرى فى حق الورثة إلا إذا أقروه أو رد المشترى للتركة ما بقى بتكملة الثلثين».

«٣- ويسرى على بيع المريض مرض الموت أحكام المادة ٩١٦».

وتنص المادة ٤٧٨ على ما يأتى:

«لا تسرى أحكام المادة السابقة إضراراً بالغير حسن النية إذا كان هذا الغير قد كسب بعوض حقاً عينياً على العين المبيعة»[2].

---

(١) أنظر فى فروق أخرى تترتب على هذا الاختلاف فى الحكم بودرى وسينيا فقرة ٧٤٣ - فقرة ٧٤٦.

(٢) **تاريخ النصوص**:

م **٤٧٧**: ورد هذا النص فى المادتين ٦٤٣و٦٤٤ من المشروع التمهيدى على وجه يميز بين التصرف للوارث والتصرف لغير الوارث، حيث كانت الوصية للوارث غير جائزة فى ذلك الوقت، ثم أجيزت بعد ذلك. وفى لجنة المراجعات عدل النص بحيث أصبح لا يميز بين التصرف لوارث والتصرف لغير وارث، وصار- مع عبارة أضافتها لجنة مجلس الشيوخ - مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد، وأصبح رقمه ٥٠٤ فى المشروع النهائى. ووافق عليه مجلس النواب. وفى لجنة الشيوخ أضيفت عبارة «فيما يجاوز الثلث» حتى لا تقوم شبهة فى أن بيع المريض إذا جاوز ثلث التركة لا يسرى فى كل المبيع مع أن الواجب ألا يقف سريانه إلا بالنسبة إلى الزيادة فقط. ولوحظ فى هذه اللجنة أن المشرع لم يضع لمرض الموت تعريفاً وضوابط، فرد على ذلك بأن هذا الموضوع خاص بالأحوال الشخصية =

وتقابل هذه النصوص فى التقنين المدنى السابق المواد ٢٥٤ - ٢٥٦ مكررة/ ٣٢٠-٣٢٣[1].

=ومرده ظهور حق آخر ورثة عند قرب أفول حياة المريض وليس انعدام رضائه. ثم وافقت اللجنة على النص تحت رقم ٤٧٧. ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية٤ ص٢١٦ - ص٢١٩).

م**٤٧٨**: ورد هذا النص فى المادة ٦٤٥ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق مع ما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد، ولكن بغير اشتراط العوض فى الكسب بحسب نية. واشترط العوض فى لجنة المراجعة، وأصبح النص رقمه ٥٠٥ فى المشروع النهائى. ووافق عليه مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٧٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية٤ ص٢١٩ وص٢٢١- ص٢٢٢).

(١) **التقنين المدنى السابق**: م٢٥٤/٣٢٠: لا ينفذ البيع الحاصل من المورث وهو فى حالة مرض الموت لأحد ورثته ، إلا إذا أجازه باقى الورثة. م٢٥٥/٣٢١: يجوز الطعن فى البيع الحاصل فى مرض الموت لغير وارث إذا كانت قيمة المبيع زائدة على ثلث مال البائع. م٢٥٦/٣٢٢: فإذا زادت قيمة المبيع على ثلث مال البائع وقت البيع، ألزم المشترى، بناء على طلب الورثة، إما بفسخ البيع، أو بأن يدفع للتركة ما نقص من ثلثى مال المتوفى وقت البيع، وللمشترى المذكور الخيار بين الوجهين المذكورين.
م٢٥٦ مكررة أهلى: أحكام المادتين السابقتين لا تضر فى جميع الأحوال بحقوق أرباب الرهن على المبيع، ولا بحقوق من انتقلت إليهم ملكية المبيع من المشترى بعوض متى كانوا حسنى النية.
م٣٢٣ مختلط: أحكام المادتين السابقتين لا تكون مرعية إلا فى حق البائع الذى يحكم فى أهليته الشخصية بمقتضى قواعد الشريعة المحلية. وفى جميع الأحوال لا تضر أحكام المادتين المذكورتين بحقوق أرباب الرهون على المبيع، ولا بحقوق من انتقلت إليهم ملكية المبيع من المشترى بعوض متى كانوا حسنى النية.

(ويلاحظ على نصوص التقنين المدنى السابق ما يأتى: (١) أنها كانت تميز بين التصرف لوارث والتصرف لغير وارث، إذ كانت الوصية لوارث وقت ذاك لا تجوز. أما التقنين الجديد، فلا محل فيه لهذا التميز منذ أصبحت الوصية لوارث جائزة (المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية٤ ص٢٢١) - (٢) أنها تصرح بعدم سريانها على أجنبى حيث يجب تطبيق قانون أحواله الشخصية، وذلك لأن أحكام المريض مأخوذة من الشريعة الإسلامية وتتعلق بانتقال أموال المورث إلى الوارث وحقوق الوارث على هذه الأموال فى مرض الموت، فإذا كان هناك أجنبى لا تسرى فى شأن ميراثه الشريعة الإسلامية وجب ألا تسرى أيضاً هذه النصوص فى شأنه: قارن المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية٤ ص٢٢٠- وقد يؤخذ مما جاء فيها أن أحكام البيع فى مرض الموت تسرى على الجميع مصريين أو أجانب. ولكن الظاهر أن المذكرة الإيضاحية أرادت القول بأن هذه الأحكام تسرى على جميع المصريين مسلمين أو غير مسلمين، بدليل إشارتها إلى المادة ١٤٣٨ من المشروع التمهيدى التى أصبحت المادة ٩١٥ من التقنين الجديد والتى جاء فيها: تسرى على الوصية أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة فى شأنها»، وقد جاء فى مذكرة المشروع التمهيدى: «تسرى الشريعة الإسلامية وما استمد منها من تقنينات وتشريعات على الوصية من ناحية الموضوع.. ويستوى فى ذلك وصايا المسلمين وغير المسلمين من المصريين». أما الأجانب فان وصاياهم تبقى خاضعة من حيث الموضوع لقانون الموصى (م١٧ مدنسى): انظر الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٣٠٣. الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٦٤ ص٥٠١- ص٥٠٢- الأستاذ =

وتقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى: فى التقنين المدنى السورى المادتين ٤٤٥– ٤٤٦– وفى التقنين المدنى الليبى المادتين ٤٦٦– ٤٦٧– وفى التقنين المدنى العراقى المادة ١/١١٠٩ – وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى لا مقابل[١].

ونبين: (أ) ما هو مرض الموت وتقييده لتصرفات المريض (ب) أحكام البيع فى مرض الموت.

=عبد المنعم البدراوى فقرة ٤٢٤– (٣) وردت أخطاء مادية وقانونية فى هذه النصوص صححها القضاء فى عهد التقنين المدنى السابق. وهذه الأخطاء هى: أولاً– خطأ مادى عندما عرضت المادة ٢٥٦ مكررة/٣٢٣ لأحكام النصوص السابقة عليها لتقيد من أثرها، فاقتصرت على ذكر «المادتين السابقتين»، وكان الواجب أن تقول «المواد الثلاث السابقة». ثانياً– ذكرت النصوص قيمة المبيع، والصحيح شرعاً المقدار المحابى به فقط. ثالثاً– ذكرت النصوص أنه ينظر فى تقدير التركة إلى وقت البيع: والصحيح شرعاً أن ينظر فى تقديرها إلى وقت الموت لا إلى وقت البيع، وإن كان الوقتان فى كثير من الأحوال يتقاربان. أنظر فى التوفيق ما بين أحكام الفقه الإسلامى وأحكام التقنين المدنى السابق مذكراتنا فى البيع فقرة ١١٥. وانظر فى بيع المريض فى عهد التقنين السابق: الأستاذين أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ٢١٦– فقرة ٢١٧ وفقرة ٢٢٠ – فقرة ٢٢٢– الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٦٠ – فقرة ٢٦١– الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٩٩ ص٤٨٢– المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية٤ ص٢٢٠ – استئناف أسيوط ١٧ أبريل سنة ١٩٢٩ المجموعة الرسمية ٣٠ رقم ٢/٨٤ ص٢٠٠– استئناف مصر ٣١ ديسمبر سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٢/٤٣٠ ص٨٢٨ – ١٨ يونيه سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٢٦٣ ص٥٣١).

(١) **التقنينات المدنية العربية الأخرى: التقنين المدنى السورى** م٤٤٥–٤٤٦ (مطابقتان للمادتين ٤٧٧ – ٤٧٨ من التقنين المدنى المصرى– وانظر فى القانون المدنى السورى الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٢٩٦– فقرة ٣٠٣، وبوجه خاص فقرة ٢٩٩ حيث يذكر أنه صدر فى سوريا بعد التقنين المدنى قانون الأحوال الشخصية وجاءت المادة ٢٣٨ منه تمنع الوصية لوارث، فوجب أن يراعى ذلك فى أحكام بيع المريض مرض الموت).

التقنين المدنى الليبى م٤٦٦ – ٤٦٧ (مطابقتان للمادتين ٤٧٧– ٤٧٨ من التقنين المدنى المصرى).

التقنين المدنى العراقى م١/١١٠٩: كل تصرف ناقل للملكية يصدر من شخص فى مرض الموت مقصود به التبرع أو المحاباة يعتبر كله أو بقدر ما فيه من محاباة تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت، وتسرى عليه أحكام الوصية (أنظر فى القانون المدنى العراقى الأستاذ حسن الذنون فقرة ٤٠٣ – فقرة ٤١٤).

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى: لا يوجد فى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى نصوص مقابلة لنصوص التقنين المدنى المصرى. وقد ورد فيه – على غرار التقنين المدنى الفرنسى– نص (هو المادة ٥١٦) يحرم على الطبيب قبول هبة من مريض فى مرض الموت ليس من أقرباء الطبيب. وقد قضت المادة ٩٠٩ من التقنين المدنى الفرنسى ببطلان التصرفات الحاصلة فى مرض الموت للأطباء والصيادلة ورجال الدين.

أ– ما هو مرض الموت وتقييده لتصرفات المريض

١٧٥– ما هو مرض الموت: يجب فى تحديد مرض الموت الرجوع إلى الفقه الإسلامى مفسراً بقضاء المحاكم. وقد جاء فى الفتاوى الهندية: «المريض مرض الموت من لا يخرج لحوائج نفسه وهو الأصح، كذا فى خزانة المفتين. حد مرض الموت تكلموا فيه، والمختار للفتوى أنه إذا كان الغالب منه الموت كان مرض الموت، سواء كان صاحب فراش أو لم يكن، كذا فى المضمرات»[١]. وجاء فى ابن عابدين: «فى الهندية المريض مرض الموت من لا يخرج لحوائجه خارج البيت وهو الأصح ا هـ. وفى الإسماعيلية من به مرض يشتكى منه وفى كثير من الأوقات. يخرج إلى السوق ويقضى مصالحه لا يكون به مريضاً مرض المرض[٢]». ونصت المادة ١٥٩٥ من مجلة الأحكام العدلية– وهى تقنين للفقه الحنفى – على ما يأتى: «مرض الموت هو الذى يغلب فيه خوف الموت، ويعجز معه المريض عن رؤية مصالحه خارجاً عن داره إن كان من الذكور وعن رؤية مصالحه داخل داره إن كان من الأناث، ويموت على ذلك الحال قبل مرور سنة، سواء كان صاحب فراش أو لم يكن. وإن امتد مرضه ومضت عليه سنة وهو على حال واحدة، كان فى حكم الصحيح، وتكون تصرفاته كتصرفات الصحيح ما لم يشتد مرضه ويتغير حاله. ولكن لو اشتد مرضه وتغير حاله ومات قبل مضى سنة، يعد حاله اعتباراً من وقت التغير إلى الوفاة مرض موت[٣]».

ويؤخذ مما تقدم أن هناك شروطاً ثلاثة ليكون المرض مرض موت[1]: (١) أن يقعد

---

(١) الفتاوى الهندية٤ ص١٧٦.

(٢) ابن عابدين٤ ص٧٠٧– ص٧٠٨.

(٣) وهذه هى نصوص مرشد الحيران فى البيع فى مرض الموت: م٣٥٨ – بيع المريض فى مرض موته لوارثه موقوف على إجازة بقية الورثة ولو كان بثمن المثل فإن أجازوه جاز، وإن لم يجيزوه بطل – م٣٥٩– يجوز بيع المريض فى مرض موته لغير وارثه بثمن المثل أو بغبن يسير، ولا يعد الغبن اليسير محاباة عند عدم استغراق الدين – م٣٦٠– إذا باع المريض فى مرض موته لغير الوارث بغبن فاحش نقصاً فى الثمن، فهو محاباة تعتبر من ثلث ماله. فإن خرجت من ثلث ماله بعد الدين، بأن كان الثلث يفى بها لزم البيع، وإن كان الثلث لا يفى بها بأن زادت عليه يخير المشترى بين أن يدفع للورثة الزائد لإكمال ما نقص من الثلثين أو بفسخ البيع.

(1) أ– حالة مرض الموت مشروط شرعا بأن يكون المرض مما يغلب فيه الهلاك، فإذا كان الحكم المطعون فيه قد اكتفى فى اعتبار أن المورث كان مريضا مرض الموت وقت صدور التصرف المطعون فيه بأن قعد عن مزاولة أعمال خارج المنزل فى الشهور الستة السابقة لوفاته بسبب سقوطه من فوق دابته دون بيان لنوع المرض الذى انتاب المورث وتحقيق غلبة الموت فيه وقت صدور التصرف المطعون فيه فان ذلك الحكم يكون قاصرا قصورا يعجز محكمة النقض عن مراقبة صحة تكييفه للمرض بأنه مرض موت.
(جلسة ١٩٦٤/٤/٣٠ الطعن ٤٤٩ لسنة ٢٩ق س١٥ ص٦٢٦)

ب– لا يشترط لاعتبار المرض مرض موت أن يكون المرض قد أثر تأثيرا ظاهرا فى حالة المريض = =

المرض المريض عن قضاء مصالحه. (٢) وأن يغلب فيه الموت. (٣) وأن ينتهي بالموت فعلا. فهذه العلامات مجتمعة – وكلها أمور موضوعية – من شأنها أن تقيم في نفس المريض حالة نفسية هي أنه مشرف على الموت. ولما كان الفقه الإسلامي يقف عند الضوابط الموضوعية، ويستدل بها على الأمور الذاتية، فانه يكتفي بهذه العلامات المادية ليستخلص منها أن المريض وهو يتصرف كانت تقوم به حالة نفسية هي أن أجله قد دنا، فيفسر تصرفه في ضوء هذه الحالة، ويفترض أنه إنما يوصي، فيجعل لتصرفه حكم الوصية. ولا حاجة بعد ذلك إلى التفتيش عن خفايا نفس المريض واستكناه ما يضمره، فهذا بحث عسير إن لم يكن متعذراً، ويكفي أن تقوم هذه العلامات المادية أمارات على حالته النفسية، فنقف عندها، ولا نذهب في البحث إلى مدى أبعد من ذلك. على أنه إذا وجد شخص في هذه الحالة النفسية لسبب غير المرض، كالمحكوم عليه بالإعدام ومن حوصر في حرب، فانه يعتبر في حكم المريض، متى كان هذا السبب هو أيضاً خاضعاً للضوابط المادية.

فنستعرض شروط مرض الموت الثلاثة، ثم نستعرض حالة الأصحاء الذين تقوم بهم حالة نفسية تجعلهم في حكم المرضى.

١٧٦ – المرض يقعد المريض عن قضاء مصالحه: يجب أن يجعل المرض المريض عاجزاً عن قضاء مصالحه العادية المألوفة التي يستطيع الأصحاء عادة مباشرتها، كالذهاب إلى السوق وممارسة أعمال المهنة إذا لم تكن شاقة وقضاء الحوائج المنزلية إذا كان المريض من الأناث[١]. وليس واجباً، ليكون المرض مرض موت، أن يلزم المريض الفراش، فقد لا يلزمه ويبقى مع ذلك عاجزاً عن قضاء مصالحه[٢][1].

= النفسية أو وصل إلى المساس بادراكه.

(جلسة ١٩٥٦/٦/٧ مجموعة أحكام النقض ١ لسنة٧ ص٦٨٧).

جـ-صدور التصرف في مرض الموت. اعتبار البيع هبة مستترة ولا يؤبه بالثمن المكتوب في العقد. على المشتري إثبات أنه دفع ثمنا في المبيع ومقدار هذا الثمن قبل التقرير بمدى سريان البيع في حق الورثة بمقتضى المادة ٤٧٧ مدني.

(جلسة ٢٠٠١/٢/٢٠ الطعن ٥١٩١ لسنة ٦٣ق)

(١) استئناف مصر ١٠ يناير سنة ١٩٢٨ المحاماة٨ رقم ١/٤٨٦ ص٧٩٦– استئناف مختلط ٢٣ مارس سنة ١٩١١ م٢٣ ص١٣٥.

(٢) ولا عبرة بانتقال المريض مرض الموت بنفسه إلى المحكمة للتصديق على العقد الصادر منه، لأن الكاتب المختص بالتصديق غير مقيد بإثبات حالة البائع (استئناف مصر ٦ مايو سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٤/٢٢٠ – ص٤٤٠– قارن مع ذلك حكم المحكمة العليا الشرعية في ٢٦ فبراير سنة ١٩٣٤ المحاماة الشرعية٥ ص٤٠٣). وقد يجازف المريض مرض الموت بالخروج من بيته للقيام ببعض أعمال فردية، كالحضور أمام محكمة الجنح للدفاع عن نفسه في تهمة تبديد (محكمة مصر ٢٩ مايو سنة ١٩٣٧ المحاماة ٩ رقم ٦/٥٣٩ ص٩٩٦).

(1) لا يشترط في مرض الموت لزوم صاحبه الفراش على وجه الاستمرار والاستقرار بل يكفي أن يلازمه=

وعلى العكس من ذلك قد يكون الإنسان عاجزاً عن قضاء مصالحه، ولكن لا بسبب المرض، فلا يعتبر في مرض الموت. فقد يصل الإنسان إلى سن عالية في شيخوخته تجعله غير قادر على مباشرة الأعمال المألوفة، ويكون في حاجة إلى من يعاونه عليها، وليس به من مرض وإنما هي الشيخوخة أوهنته، فهذا لا يكون مريضاً مرض الموت، ويكون لتصرفاته حكم تصرفات الأصحاء[١]. أو يكون عاجزاً من مباشرة الشاق من أعمال مهنته بسبب المرض، كما إذا كان محترفا حرفة شاقة لا يستطيع مباشرتها إلا وهو في كامل عافيته، فيقعده مرضه عن ذلك دون أن يعجزه عن مباشرة المألوف من الأعمال بين الناس، فلا يكون في هذه الحالة مريضاً مرض الموت[1].

١٧٧ – ويغلب في المرض خوف الموت: ولا يكفي أن يقعد المرض المريض عن قضاء مصالحه، بل يجب أيضاً أن يغلب فيه خوف الموت، فيكون مرضاً خطيراً من الأمراض التي تنتهي عادة بالموت[2]، أو يكون مرضاً بدأ بسيطاً ثم تطور حتى أصبحت حالة المريض سيئة

= وقت اشتداد العلة به، كما لا يشترط فيه أن يؤثر على سلامة ادراك المريض أو ينقص من اهليته للتصرف، ومن ثم فان ذهاب المورث إلى المحكمة واقراره بصحة توقيعه على العقود المطعون عليها لا يمتنع معه اعتبار مرضه مرض موت متى كان شديدا يغلب فيه الهلاك وانتهى فعلا بموته.

(جلسة ١٩٦٤/١/٢٦ مجموعة أحكام النقض السنة ١٥ ص٣٩٦)

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن الشيخوخة ليست مرض الموت، وإنما هي دور من الأدوار الطبيعية لحياة الإنسان. أما مرض الموت فهو المرض الذي يعتري الإنسان شيخاً أم شاباً، وينتهي بالموت، بحيث يشعر المصاب معه بقرب انتهاء أجله (٢٠ فبراير سنة ١٩١٨ المجموعة الرسمية ١٩ رقم ٤٢ ص٦١– وأنظر أيضاً استئناف وطني ٢٣ فبراير سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٤ ص٤٤٨– استئناف مصر ٧ ديسمبر سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ ص٥٤٦– بني سويف ٢٦ فبراير سنة ١٩٢٩ الجريدة القضائية ١١٢ ص١٨).

(1) أداء المورث بعض الأعمال في فترات متقطعة من مدة مرضه كقبضه مبلغا من المال وفكه رهنا حيازيا وحصول هذه الأعمال من قبل وبعد تحرير العقدين المطعون فيهما بصدورهما في مرض الموت، ذلك ليس من شأن أن ينفي ما انتهت إليه المحكمة من أن المورث كان في فترة اشتداد مرضه عاجزا عن أعماله العادية حتى أنه أناب عنه غيره في مباشرتها لان قيامه بمثل ما قام به لا يمنع من اعتبار مرضه مرض موت متى كان شديدا يغلب فيه الهلاك وانتهى بموته.

(جلسة ١٩٥١/١٠/٢٥ مجموعة القواعد القانونية لمحكمة النقض في الـ٢٥ عاما قاعدة٤ ص٩٥٦)

(2) من الضوابط المقررة في تحديد مرض الموت أن يكون المرض مما يغلب به الهلاك، فهو المرض الشديد الذي يغلب على الظن موت صاحبه أو بتقرير الأطباء ويلازمه ذلك المرض حتى الموت وان لم يكن أمر المرض معروفا من الناس بأنه من العلل المهلكة، فضابط شدته واعتباره مرض موت أن يعجز غير العاجز من قبل عن القيام بمصالحه الحقيقية خارج البيت فيجتمع فيه تحقق العجز وغلبة الهلاك واتصال الموت به.

(جلسة ١٩٨٣/١٢/٢٧ الطعن ١٠١١ لسنة ٤٧ق)

يخشى عليه فيها الموت. أما إذا كان المرض لم يصل إلى هذا الحد من الخطورة، فانه لا يعتبر مرض موت ولو أعجز المريض عن قضاء مصالحه. مثل ذلك أن يصاب الإنسان برمد فى عينيه فيعجزه عن الرؤيه، أو بمرض فى قدميه فيعجزه عن المشى، فلا يستطيع قضاء مصالحه، ولكن المرض يكون من الأمراض التى يشفى منها المريض عادة ولا يغلب فيها خوف الموت. فهنا لا يعتبر المريض فى مرض الموت وإن عجز عن قضاء مصالحه، لأن المرض لا يغلب فيه الهلاك، فتكون تصرفات المريض فى هذه الحالة حكمها حكم تصرفات الأصحاء(١). وكذلك الأمراض المزمنة، إذا طالت بحيث يطمئن المريض إلى ابتعاد خطر الموت العاجل، لا تكون فى هذا الوقت مرض موت، وسنعود إلى بيان ذلك.

وقد ظهر مما قدمناه أن الشرط الأول وهو قعود المريض عن قضاء مصالحه، لا يغنى عن الشرط الثانى وهو أن يغلب فى المرض خوف الموت. ولكن هل يغنى الشرط الثانى عن الشرط الأول؟ هناك رأى يذهب إلى أنه يغنى، فيكفى أن يغلب فى المرض خوف الموت دون حاجة إلى قعود المريض عن قضاء مصالحه(٢). وهناك رأى آخر يستبقى الشرطين معاً،

=(جلسة ١٩٧٧/١٢/٦ الطعن ٨١٦ لسنة ٤٣ق س٢٨ ص١٧٤٢)

(جلسة ١٩٦٣/٤/٣٠ مجموعة احكام النقض السنة ١٥ ص٦٢٦)

(جلسة ١٩٥٠/١١/٢٣ مجموعة القواعد القانونية لمحكمة النقض فى الـ٢٥ عاما–٦–٩٥٦)

(١) وقد جاء فى شرح الأستاذ سليم باز للمادة ١٥٩٥ من المجلة فى خصوص شرطى القعود عن قضاء المصالح وغلبة الموت ما يأتى: «مرض الموت هو الذى يغلب فيه خوف الموت، ويعجز معه المريض عن رؤية مصالحه خارجاً عن داره إن كان من الذكور، كعجز الفقيه عن الإتيان إلى المسجد وعجز السوقى عن الإتيان إلى دكانه. قال فى رد المختار ينبغى أن يكون المراد العجز عن نحو ذلك من الإتيان إلى المسجد أو الدكان لإقامة المصالح القريبة فى حق الكل، إذ لو كان محترفاً بحرفة شاقة، كما لو كان مكارياً أو حمالا على ظهره أو دقاقاً أو نجاراً أو نحو ذلك مما لا يمكن إقامته مع أدنى مرض، وعجز عنه مع قدرته على الخروج إلى المسجد والسوق، لا يكون مريضاً وإن كانت هذه مصالحه. وإلا لزم أن يكون عدم القدرة على الخروج إلى الدكان للبيع والشراء مثلا مرضاً وغير مرض بحسب اختلاف المصالح، فتأمل. ثم هذا إنما يظهر فى حق من كان له قدرة على الخروج قبل المرض، أما لو كان غير قادر عليه قبل المرض للكبر أو علة فى رجليه فلا يظهر، فينبغى اعتبار غلبة الهلاك فى حقه. وهو ما قاله أبو الليث من أن كونه صاحب فراش ليس بشرط لكونه مريضاً مرض الموت، بل العبرة لغلبة الهلاك، لو الغالب من هذا المرض الموت، فهو مرض موت وإن كان يخرج من البيت. وينبغى اعتماده لما علمت من أنه كان يفتى به الصدر الشهيد، وأن كلام محمد يدل عليه، ولا طراده فيما كان عاجزاً قبل المرض. ويؤيده أن من ألحق بالمريض، كمن بارز رجلا ونحوه، إنما اعتبر فيه غلبة الهلاك دون العجز عن الخروج... قال فى الدر المختار وفى حق المرأة أن تعجز فى مصالحها داخل البيت كما فى البزازية، ومفاده أنها لو قدرت على نحو الطبخ دون صعود السطح لم تكن مريضة، قال فى النهر وهو الظاهر ا ه.» (شرح سليم باز ص٨٨٧– ص٨٨٨).

(٢) أنظر فى هذا المعنى ما نقلناه فى الحاشية السابقة من شرح الأستاذ سليم باز (ص٨٨٧– ص٨٨٨). وانظر أيضاً الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٥٣ ص٤٨٠. وانظر استئناف وطنى ٢ أبريل سنة =

ويجعل الأصل فيها هو أن يغلب فى المرض خوف الموت، أما قعود المريض عن قضاء مصالحه فهذه هى العلامة المادية التى تشعر المريض بأن المرض يتهدده بالموت. ويغنى عن هذه العلامة المادية أية علامة أخرى تنبئ عن هذا الشعور، فمتى ثبت قيام هذا الشعور بنفس المريض كان هذا كافياً ولو لم يقعد المريض عن قضاء مصالحه. ومقتضى هذا الرأى الآخر أنه لا يكفى أن يغلب فى المرض خوف الموت، بل يجب أيضاً أن يشعر المريض بذلك، وقعوده عن قضاء مصالحه ليس إلا وضعاً مادياً يدل على شعوره بذلك(١).

١٧٨– وينتهى المرض بالموت فعلا: ويجب أخيراً أن ينتهى المرض بالموت فعلا(٢)(1). فإذا أصيب شخص بمرض أقعده عن قضاء مصالحه، وغلب فيه خوف الموت، ولكنه مع ذلك برئ منه، وكان قد تصرف فى ماله أثناء المرض، كان حكم تصرفه هذا هو حكم تصرف الأصحاء. ونرى من ذلك أن المريض بمرض يقعد عن قضاء المصالح ويغلب فيه خوف الموت إذا تصرف فى ماله أثناء هذا المرض، كان تصرفه معتداً به حال

=١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ٤٠ ص١٧٤– محكمة مصر ١٤ يوليه سنة ١٨٩١ الحقوق ٦ ص١٥٣.

(١) والأستاذ سليم باز ينقل ما يوفق بين الشرطين على هذا النحو: «ولأن بعض من يكون مطعوناً أو به استسقاء قبل غلبة المرض عليه قد يخرج لقضاء مصالحه مع كونه أقرب إلى الهلاك من مريض ضعف عن الخروج لصداع أو هزال مثلا. لكن مقتضى قول بعضهم أنه لو كان مريضاً مرضاً يغلب منه الهلاك، لكنه لم يعجزه عن مصالحه، كما يكون فى ابتداء المرض، لا يكون مريضاً. وقد يوفق بين القولين بأنه إن علم أن به مرضاً مهلكاً غالباً وهو يزداد إلى الموت فهو المعتبر، وإن لم يعلم أنه مهلك يعتبر العجز عن الخروج للمصالح، هذا ما ظهر لى ا هـ. ملخصاً» شرح المجلة ص٨٨٧– ص٨٨٨) – وقد قضى بأن المصاب بالبول السكرى إصابة غير خطرة لا يعتبر مريضاً مرض الموت، إذا ثبت أنه لم يكن عنده وقت صدور التصرف منه شعور بدنو أجله، وإن كان يباشر أثناء مرضه أعمال الخصوصية وهو فى منزله (استئناف وطنى ١٢ يناير سنة ١٩١٦ الشرائع٣ رقم ١٠٧ – استئناف مصر ٢١ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة٨ ص٣١٤).

(٢) ولو لم يكن الموت بسبب المرض، كأن قتل المريض أو غرق. ذلك أن المريض وقت أن تصرف كان يشعر بدنو أجله، ولو لم يمت بهذا السبب العارض لمات بسبب المرض (الأستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ٤١٧ ص٦٠٧– الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١٢٩ ص٢٩١– الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٢٩٧).

(1) فضابط شدة المرض واعتباره مرض موت أن يعجز غير العاجز من قبل عن القيام بمصالحه الحقيقية خارج البيت فيتحقق فيه تحقق العجز وغلبة الهلاك واتصال الموت به.

(جلسة ١٩٧٣/١٢/٢٧ الطعن ١٠١١ لسنة ٤٧ق)

(جلسة ١٩٧٧/١٢/٦ الطعن ٨١٦ لسنة ٤٣ق س٢٨ ص١٧٤٢)

(جلسة ١٩٦٤/٣/٢٦ مجموعة أحكام النقض السنة ١٥ ص٣٩٥)

ياته، ولا يجوز للورثة الاعتراض عليه ما دام المريض حياً. فإذا انتهى المرض بالموت[1]،
ن عند ذلك أن التصرف وقع فى مرض الموت، وجاز الطعن فيه على هذا الأساس. وإذا
فى المريض، تبين أن التصرف الذى صدر منه لم يقع فى مرض الموت، فلا يجوز الطعن
يه بذلك من الورثة[2]. ولكن يجوز لمن صدر منه التصرف نفسه أن يطعن فى تصرفه
لغلط فى الباعث، بأن يثبت أنه إنما تصرف وهو معتقد أنه فى مرض الموت ولو اعتقد أنه
يشفى ما كان ليتصرف، ففى هذه الحالة يكون التصرف قابلا للإبطال للغلط ويجوز
لمتصرف أن يبطله لهذا العيب.

وقد يطول المرض، بأن يكون من الأمراض المزمنة كالشلل والسل، ثم ينتهى بالموت
ولكن بعد مدة طويلة. والقاعدة فى هذه الأمراض المزمنة أنها لا تعتبر للوهلة الأولى مرض
موت إذا طالت دون أن تشتد، بحيث يطمئن المريض إلى أن المرض قد وقف سيره، ولم يعد
هناك منه خطر داهم. وهذا حتى لو كان المرض قد أقعد المريض عن قضاء مصالحه وألزمه
الفراش، ما دام لم يعد يغلب فيه خطر الموت العاجل. لكن إذا اشتد المرض بعد ذلك،
وساءت حالة المريض حتى أصبحت تنذر بدنو الأجل، واستمر المرض فى الاشتداد حتى
انتهى بالموت فعلا، فانه يعتبر مرض موت من الوقت الذى اشتد فيه[3](1). وهناك رأى

---

(١) على أن يمتد المرض من وقت صدور التصرف إلى وقت الموت (استئناف وطنى ٢١ ديسمبر سنة ١٩٠٥ الحقوق ٢٥ ص٥). فإذا انتهى بمرض آخر (دوسنطاريا حادة) هو الذى انتهى بالموت، لم يكن المرض الأول مرض موت (استئناف مختلط ٢٨ مارس سنة ١٩١٨ م٣٠ ص٣١٦).

(٢) فجميع تصرفات المريض نافذة حال حياته، ولا يجوز للورثة أن يطعنوا فيها إلا بعد الوفاة (الأستاذان أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ٢٠٨ – الأستاذ محمد كامل مرسى ص٤٩٣ هامش رقم ٢ – الأستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ٤١٨).

(1) إذا استطال المرض لأكثر من سنة فلا يعتبر مرض موت مهما يكن من خطورة هذا المرض واحتمال عدم برء صاحبه منه وتكون تصرفات المريض فى هذه الفترة صحيحة ولا تعد حالته من حالات مرض الموت والا فى فترة تزايدها واشتداد وطأتها إذ العبرة فترة الشدة التى تعقبها الوفاة، وما يعتبر بهذا الوصف شدة للمرض من الامور الموضوعية التى يستقل بتقديرها قاضى الموضوع، ولا سبيل للجدل فيه أمام محكمة النقض.

(جلسة ١٩٥٥/٤/٢١ مجموعة القواعد القانونية لمحكمة النقض فى الـ٢٥ عاما قاعدة ١٠ ص٩٥٧)

(جلسة ١٩٥٢/٥/٨ مجموعة القواعد القانونية لمحكمة النقض فى الـ٢٥ عاما قاعدة ٥ ص٩٥٦)

(جلسة ١٩٥٩/٦/١١ مجموعة أحكام النقض السنة ١٠ ص٤٧٦)

(جلسة ١٩٧٣/٢/٦ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٤ ص١٥١)

(٣) وقد قضت محكمة الإسكندرية الوطنية بأن السل، وإن كان من الأمراض التى تطول مدتها، إذا دخل فى دور جديد واشتدت وطأته، يجعل تصرفات المريض فى ذلك الوقت قابلة للبطلان (١٣ أبريل سنة ١٩١٢ الحقوق ٣٣ ص٥٩)- وقضت محكمة مصر الوطنية بأنه لا يعتبر مرض موت تصلب الشرايين وإصابة القلب والكلى، فهى من الأمراض المزمنة التي لا يصح اعتبارها فى الأصل مرض

فى الفقه الإسلامى - أخذت به المجلة- يقدر المدة التى يطول فيها المرض ويستقر فلا يعود يخشى منه خطر عاجل بسنة، فإذا طال المرض الزمن سنة دون أن يشتد لم يعتبر مرض موت. وإذا اشتد المرض بعد ذلك حتى انتهى بالموت فعلا قبل انقضاء سنة من اشتداده، اعتبر فى هذه الفترة مرض موت[1]. وقد أخذ القضاء المصرى بهذا الرأى فى أكثر أحكامه[2]، واكتفى فى بعض آخر بأن يطول المرض مدة كافية ليتولد فى نفس المريض

=موت لبطء سيرها وعدم إحساس المريض بخطورتها، ولكن إذا اشتدت فجأة وشعر المريض بتفاقم خطورتها اعتبرت مرض موت (٢٩ مايو سنة ١٩٢٧ المحاماة٩ رقم ٥٣٩ ص٩٩٦) - وقضت محكمة مصر بأنه لا يعتبر مرض موت احتباس البول وتضخم البروستاتا ما لم يثبت أن هذا المرض المزمن قد تزايد فجأة وانتهى بالموت (٤ مايو سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٨ رقم ٧٤ ص١٥٥). وقضت أيضاً بأنه لا يعتبر مرض موت الالتهاب الشعبى المزمن ما لم يتزايد (٢٠ ديسمبر سنة ١٩٣٨ المحاماة ٢٠ رقم ١١١ ص٣٠٤). وقضت أيضاً بأن الربو المصحوب بنزلة شعبية، ولو توفى به شخص فجأة فى سن يندر فى الجيل الحاضر تجاوزها، لا يعتبر مرض موت، لأن هذا المرض ذاته قابل للشفاء وغير مانع للمريض من مباشرة أعماله فى الفترات التى تتخلل النوبات (٢٤ أبريل سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٣٨ ص٥٨- المحكمة العليا الشرعية ٧ مايو سنة ١٩٣٥ المحاماة الشرعية ٦ رقم ١٤٧ ص٥٦٠). وقضت أيضاً بأن مرض الموت يجب أن يكون هو المرض الذى أحدث الوفاة، أو هو المرض الذى يرتبط ارتباطاً وثيقاً بالمرض المباشر الذى أحدثها بحيث تصعب التفرقة بينهما. ويجب أن يكون المرض مستمرا حالة المريض تسوء تدريجياً دون أن يتخللها فترات تحسين واضحة، فإذا كان هناك مثل هذه الفترات اعتبر بدء المرض متفقاً مع تاريخ بدء الانتكاس الأخير. وحينما يكون الشخص مريضاً بمرض غير مميت حتما، ولكن نشأ من هذا المرض مرض آخر مميت، فهذا المرض الأخير لا المرض الأول هو الذى يعتبر مرض موت (٧ مايو سنة ١٩٣٢ المحاماة١٤ رقم١١ ص١٧). وقضت أيضاً بأن الإصابة بمرض السكر إصابة غير خطيرة لا تعتبر مرض موت (١٢ يناير سنة ١٩١٦ الشرائع ٣ رقم ١٠٧ ص٣٦٢).

(١) وقد جاء فى شرح المجلة على المادة ١٥٩٥ للأستاذ سليم باز: «وإن امتد مرضه ومضت عليه سنة وهو على حال واحدة، كان فى حكم الصحيح، وتكون تصرفاته كتصرفات الصحيح، ما لم يشتد مرضه ويتغير حاله. فظهر من هذا أن مرض الموت مقيد بغير الأمراض المزمنة التى طالت ولم يخف منها الموت، كالفالج ونحوه، وإن صيرته ذا فراش ومنعته عن الذهاب فى حوائجه. فلو أصاب رجلا فالج فذهب لسانه، أو مرض فلم يقدر على الكلام، ثم أشار إلى شئ أو كتب شيئاً، وقد تقادم ذلك وطال سنة، فهو بمنزلة الأخرس الصحيح. وكذا صاحب السل إذا أتى عليه سنة، فهو بمنزلة الصحيح، ولكن لو اشتد مرضه، وتغير حاله، ومات قبل مضى سنة، يعد حاله اعتباراً من وقت التغير إلى الوفاة. مرض موت (شرح المجلة للأستاذ سليم باز ص٨٨٨).

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه لا يعتبر مرض موت السرطان أو السل إذ أنه يظل أكثر من سنة قبل أن يأتى على حياة المصاب به، وعلى الوارث أن يثبت أن المورث الذى مات بمرض السرطان أو السل لم يمكث مرضه أكثر من سنة (١٨ يونيه سنة ١٩١٧ المجموعة الرسمية ١٩ رقم ١٠٠ ص٢٢٩- وانظر أيضاً: استئناف وطنى ٨ مايو سنة ١٩٠٧ المجموعة الرسمية ٩ رقم ٩٩ ص٢٢٧ – ٤ يونيه سنة ١٩٠٧ الحقوق ٢٢ ص١٨٥- ٢٣ يونيه سنة ١٩٠٧ الحقوق ٢٣ ص٣٣١ – ١٧ يناير سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٣ رقم ٣٦ ص٧٠- ٢٩ يناير سنة ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٢٦ رقم ٣٣ ص٥٦- ٢١ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٢/٢٣٤ ص٢٣١٤ – ١٩ مارس =

السكون إلى حالته والشعور بأنه لم يعد معرضاً لخطر الموت العاجل، سواء طال المرض سنة أو أكثر أو أقل. وكذلك يكفى أن يشتد المرض ويطرد فى الشدة حتى يتولد فى نفس المريض أنه عاد مهدداً بالموت فى أى وقت، ليكون المرض مرض موت من وقت اشتداده، حتى لو بقى مشتداً مدة أطول من سنة ولم يمت المريض إلا بعد انقضائها(١).

١٧٩ - الأصحاء الذين تقوم بهم حالة نفسية تجعلهم فى حكم المرضى مرض الموت: وقد قدمنا أن الشروط الثلاثة المتقدمة ليست إلا أمارة مادية على قيام حالة نفسية بالمريض تجعله يعتقد بدنو أجله. فأية حالة أخرى مادية غير المرض تجعل الإنسان يعتقد بدنو أجله يكون من شأنها أن تثير فى نفسه هذه الحالة بالذات، وتكون لتصرفاته حكم تصرفات المريض مرض الموت ولو أنه لم يكن مريضاً أصلا. فالمحكوم عليه بالاعدام وينتظر التنفيذ، ومن كان فى سفينة على وشك الغرق ولم تتهيأ له وسائل الانقاذ، ومن داهمته حريق لا سبيل للنجاة منها، ومن حوصر فى حرب وأيقن أنه مقتول، ومن عقد نيته على الانتحار، كل هؤلاء أصحاء ليس بهم مرض، ولكنهم يعتبرون فى حكم المرضى، ويكون لتصرفاتهم وهم فى هذه الحالة حكم التصرفات الصادرة فى مرض الموت(٢).

=سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ١/٨٤ ص١٤٣ - ٢٨ مايو سنة ١٩٢٠ المحاماة ١١ رقم ٩١ ص١٥٠ - استئناف مختلط ١٦ يونيه سنة ١٩١٠ م٢٢ ص٣٧٥ - ٢٣ مارس سنة ١٩١١ م٢٣ ص٢٥٣.

ويحب حساب السنة من وقت اشتداد المرض إلى وقت الموت (استئناف مختلط ٢٢ مايو سنة ١٩١٣ م٣٥ ص٥٤٥ - ٩ يونيه سنة ١٩١٣ م٢٥ ص٤٣١ - ٢٥ فبراير سنة ١٩١٥ م٢٧ ص١٨٢ - ٢٥ مارس سنة ١٩٢٢ م٣٤ ص٢٤٨ - ٣ يونيه سنة ١١٩٢٢ م٣٤ ص٤٥٣ - أول مايو سنة ١٩٢٨ م٤٠ ص٣٣٠ - ٢٥ فبراير سنة ١٩٣٠ م٤٢ ص٣١٥).

(١) وقد قضت محكمة الإستئناف الوطنية بأن المرض يعتبر مرض موت ولو وقع منذ أكثر من سنة قبل الوفاة إذا كان قد أخذ دائماً فى الازدياد لغاية الوفاة، ولم يثبت أنه تحسن تحسناً محسوساً فى خلال هذه المدة. أما التفسير القاضى بتحديد المدة القانونية لمرض الموت الذى يقع فى السنة السابقة على الوفاة فليس تحديداً حتمياً، ولكنه ينطبق فقط على الأحوال التى يكون فيها المرض طويلا فيشتد طوراً إلى درجة الخطورة وتارة يعود المريض إلى صحته. أما المرض الذى يأخذ سيرا مستمرا بغير تحسن محسوس فى مدته، بل يتمشى نحو الازدياد وينتهى بالموت، فهو مرض الموت مهما كانت مدته (٦ فبراير سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ٨٦ ص١٧٣).

(٢) وقد جاء فى شرح المجلة على المادة ١٥٩٥ للاستاذ سليم باز: «ومن بارز رجلا، أو قدم ليقتل فى قصاص أو رجم، أو بقى على لوح من السفينة، أو افترسه سبع وبقى فى فيه، فهو كمريض مرض الموت أ هـ. وفى الهندية ومن كان محبوساً فى السجن لقتل قصاصاً أو رجماً لا يكون حكمه حكم المريض. وإذا أخرج ليقتل، فحكمه فى تلك الحال حكم المريض، ولو كان فى صف القتال فحكمه حكم الصحيح، وإذا بارز فحكمه فى تلك الحال حكم المريض، ولو كان فى السفينة فحكمه حكم الصحيح، وإذا هاج الموج فحكمه فى تلك الحال حكم المريض. ولو أعيد إلى السجن ولم يقتل، أو أرجع بعد المبارزة إلى الصف، أو سكن الموج، صار حكمه كحكم المريض الذى برئ من مرضه =

١٨٠ - اثبات مرض الموت: ومرض الموت بالشروط المتقدمة الذكر واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع طرق الإثبات(1)، ومنها البينة والقرائن(١). وأكثر ما يثبت بالشهادات الطبية

=تنفذ تصرفاته من جميع ماله. والمرأة إذا أخذها الطلق، فما فعلته فى تلك الحالة يعتبر من ثلث مالها، وإن سلمت من ذلك جاز فعلته من ذلك كله أ هـ» (شرح المجلة للأستاذ سليم باز ص٨٨٨) - أنظر أيضاً الأستاذين أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ٢٠٧ ص٢٠١ - الأستاذين محمد كامل مرسى فقرة ٢٥٤ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٤٥ ص٤٢٣ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٣٠٠ ص٤٨٦.

وغنى عن البيان أن العبرة بحالة الإنسان النفسية، فمن كان محكوما عليه بالإعدام وهو فى السجن ينتظر التنفيذ، ويبدو، بالرغم مما جاء فى شرح المجلة نقلا عن الهندية، أن حالته النفسية تكون كحالة المريض مرض الموت. فإذا صدر عفو عنه، أو نجا من كان على وشك الغرق أو من كان فى حكمه، فانه يعتبر فى حكم المريض مرضا يغلب فيه الهلاك ولم ينته بالموت بل برئ منه المريض، فلا يكون للورثة حق الطعن فى التصرف، ولكن يجوز للمتصرف نفسه أن يطعن فى التصرف بالغلط كما سبق القول.

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه ما دامت محكمة الموضوع قد استخلصت من التحقيقات التى أجريت فى الدعوى ومن الشهادتين الطبيتين المتقدمتين فيها عن مرض الموت أنه كان مريضاً قبل وفاته بأربعة شهور بالسل الرئوى، وأن هذا المرض اشتد به وقت تحرير العقد المطعون عليه، ثم فندت الطعون الموجهة إلى الشهادة المقدمة من الصادر له العقد، فانها تكون قد أوردت فى حكمها من الأسباب ما يكفى لحمل قضائها (نقض ٢٣ مارس سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض١ رقم ٩٢ ص٣٦٥). وقضت أيضاً بأن محكمة الموضوع قد استخلصت من أقوال الشهود أن البائعة أصيبت بمرض يغلب فيه الهلاك وانتهى فعلا بوفاتها، وهذا يكفى (نقض مدنى ٨ مايو سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٥٨ ص١٠٤٨). وقضت كذلك بأنه متى كان الحكم إذ نفى حصول البيع فى مرض موت البائع قد قرر للأسباب السائغة التى أوردها أنه فى الوقت الذى تصرف فيه كان فى حال صحته وأنه سابق على فترة مرض عادى لا يغلب فيه الهلاك، فان هذا الذى قرره لا عيب فيه (نقض مدنى ١٠ ديسمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٣٥ ص٢٣٧).

ويستخلص من قضاء محكمة النقض المتقدم أنه إذا كانت شروط مرض الموت مسألة قانون، فان حصول هذا المرض متوافرة فيه شروطه مسألة واقع تستخلصه محكمة الموضوع، ولا رقابة عليها لمحكمة النقض فى ذلك متى بنت محكمة الموضوع قضاءها على أسباب سائغة.

(1) أ- لما كان للوارث أن يثبت طعنه فى العقد الذى قصد به الاضرار بحقه فى الارث باى طريق من طرق الاثبات المقبولة قانونا، كان للحكم أن يستخلص عدم جدية الثمن الوارد فى العقد من القرائن القائمة فى الدعوى ولو أدى ذلك إلى اهداره اقرار المتصرف فى العقد بأنه قبض الثمن بطريق المقايضة وفاء لدين قال أنه فى ذمته لمورث المشترين.

(جلسة ١٩٤٩/١/١٣ مجموعة القواعد القانونية لمحكمة النقض فى الـ٢٥ عاما قاعدة ٣٧ ص١٠٠٤).

(جلسة ١٩٥٠/١٢/١١ مجموعة القواعد القانونية لمحكمة النقض فى الـ٢٥ عاما قاعدة ٢٢ ص١٠٠٢).

=

دالة على حالة المريض فى أواخر أيامه. كذلك يثبت بشهادة الشهود. وبتقصى حياة المريض فى أيامه الأخيرة. وعلى الورثة الذين يطعنون فى تصرف مورثهم بأنه صدر فى مرض الموت يقع عبء إثبات المرض. ولما كانوا يعتبرون خلفا لمورثهم وليسوا غيراً من حيث ثبوت التاريخ، فان تاريخ التصرف العرفى يكون حجة عليهم كما هو حجة على مورثهم. فإذا كان التصرف مؤرخاً تاريخياً عرفياً فى وقت ثبت أن المورث لم يكن فيه مريضاً، كان هذا التاريخ العرفى حجة عليهم. ولكن لهم أن يثبتوا أن هذا التاريخ قد قدم عمداً لإخفاء أن التصرف قد صدر فى مرض الموت، وأن التاريخ الذى صدر فيه التصرف متأخر عن التاريخ الصورى المذكور فى التصرف ويقع فى وقت كان فيه المورث فى مرض موته. فإذا أثبتوا ذلك – ولهم أن يثبتوه بجميع طرق الإثبات لأنهم يثبتون غشاً وواقعة مادية – أصبحوا من الغير من حيث سريان التصرف[1]، ولم يعد التصرف الصادر من المورث يسرى فى حقهم إلا فى الحدود التى سنبينها فيما يلى.

=(جلسة ١٩٥٠/٢/٢٦ مجموعة القواعد القانونية لمحكمة النقض فى الـ٢٥ عاما قاعدة ٣٦ ص١٠٠٤).

ب– اثبات التاريخ لا يكون إلا باحدى الطرق التى عينها القانون، ولا يحتج على الورثة الذين يطعنون على التصرف بأنه صدر فى مرض الموت بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا، إلا أن هذا التاريخ يظل حجة عليهم إلى أن صدوره كان فى مرض الموت.

(جلسة ١٩٧٧/١٢/٦ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٨ ص١٧٤٢)

(جلسة ١٩٤١/١/٢٣ مجموعة القواعد القانونية لمحكمة النقض فى الـ٢٥ عاما قاعدة ٢٦ ص١٠٠٢)

جـ– إذا كانت محكمة الموضوع قد استخلصت فى حدود سلطتها الموضوعية فى التقدير أن المورث لم يكن مسلوب الارادة ولا مريضا مرض الموت وقت صدور التصرف ولذلك فأنه يأخذ حكم تصرف السليم وكان ما استخلصته فى هذا الشأن لا يخالف الوقائع الثابتة التى استندت إليها وتضمنت الرد الكافى على ما اثاره الطاعنون فان النعى على الحكم المطعون فيه بالخطأ فى القانون والقصور يكون فى غير محله.

(جلسة ١٩٦٠/٦/٢٣ مجموعة أحكام النقض السنة ١١ ص٤٣٢)

(جلسة ١٩٥٣/١٢/١٠ مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض فى الـ٢٥ عاما قاعدة ١٣ ص٩٠٨)

(جلسة ١٩٥١/٦/٧ مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض فى الـ٢٥ عاما قاعدة ١٢ ص٩٥٨)

(١) وقد سبق أن بينا فى الجزء الثانى من الوسيط (فقرة ١١٩ ص٢٠٤ – ص٢١٢) أن الوارث لا يعتبر غيراً بالنسبة إلى تاريخ الورقة الصادرة من مورثه فى مرض الموت، ويعتبر غيراً بالنسبة إلى سريان التصرف الصادر فى مرض الموت. وقلنا فى هذا الصدد: «والذى أوقع اللبس فى هذه المسألة هو الخلط ما بين الغيرية فى سريان التصرف والغيرية فى ثبوت التاريخ. فالوارث، فى تصرفات مورثه الصادرة فى مرض الموت، يعتبر غيراً من ناحية سريان هذه التصرفات فى حقه، فهى لا تسرى عليه فيما يجاوز =

١٨١– سبب تقييد التصرف فى مرض الموت: وإذا كان التصرف الذى يصدر فى مرض الموت مقيداً، فسبب التقييد لا يرجع إلى أهلية المريض ولا إلى عيب فى إرادته. فالمريض مرض الموت لا يفقد أهليته، بل ولا تنتقص هذه الأهلية، فما دام حياً حافظاً لقواه العقلية فانه يبقى متمتعاً بأهليته الكاملة إلى آخر لحظة من حياته. ولو وقع أن المرض أفقده التمييز، فان التصرف الذى يصدر منه وهو فى هذه الحال يكون باطلا لانعدام التمييز، ولا يقتصر الأمر فيه على أن يكون تصرفاً غير نافذ فى حق الورثة لصدوره فى مرض الموت.

وإنما يرجع تقييد التصرف فى مرض الموت إلى تعلق حق الورثة بأموال المريض من وقت المرض[1]. فانه من المقرر فى الفقه الإسلامى أن حق الورثة يتعلق بأموال مورثهم، لا من وقت موته فحسب، بل من وقت المرض الذى يموت فيه. فإذا صدرت منه تصرفات تنطوى على تبرع منذ هذا المرض، كان لهذه التصرفات حكم الوصية. ذلك أن المريض وهو على شفا الموت إذا تبرع بماله، فانما يقصد أن ينقل هذا المال إلى غيره بعد موته، لا فى المدة المحدودة القصيرة التى تقدر له الحياة فيها. ولا يستطيع إنسان أن ينقل ماله بعد موته بتصرف إرادى، إلا إذا كان ذلك عن طريق الوصية بقيودها المعروفة. فكل تبرع يصدر فى مرض الموت يتقيد إذن بقيود الوصية، وحتى المعاوضات إذا انطوت على تبرع، كأن يبيع بثمن أقل من قيمة المبيع، يكون لها هى أيضاً فى القدر المحابى به حكم الوصية. ومؤدى

=ثلث التركة. ولا يعتبر غيراً من ناحية ثبوت التاريخ فيحتج عليه بالتاريخ العرفى للتصرف الصادر مورثه إلى أن يثبت أن هذا التاريخ غير صحيح» (الوسيط جزء ٢ فقرة ١١٩ ص٢٠٦ – ٢٠٧). وانظر مقال الأستاذ سليمان مرقس فى قوة المحررات العرفية فى الإثبات وحجية تاريخها على الوارث الذى يطعن فيها بصدورها فى مرض الموت فى مجلة القانون والاقتصاد ١٤ ص٢٨٧ – ص٣٠٤، وإلى هذا المقال يرجع الفضل فى تحول الفقه المصرى إلى الرأى الصحيح فى هذه المسألة كما سبق أن بينا (الوسيط ٢ ص٢٠٦ هامش رقم ١). وانظر أيضاً الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة فى الإثبات ص١٤٣ – الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٠ ص٢٩٣ – ص٢٩٤– وقارن الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٤٨ – الأستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ٤١٩.

ومن القرائن على صدور التصرف فى مرض الموت أن يكون البيع محرراً بخط المشترى ولم يسجل إلا قبل وفاة البائع بيومين (استئناف وطنى أول فبراير سنة ١٩١٠ المجموعة الرسمية ١١ رقم ١/١٠٨ ص٢٩٦). ومنها تسجيل العقد تسجيل تاريخ قبل الوفاة بمدة قليلة ثم تسجيله بعد الوفاة تسجيلاً تاماً (استئناف وطنى ٢٤ ديسمبر سنة ١٩١٣ الشرائع ١ رقم ٢٠٤ ص٩٥). ومنها أن يكون العقد قد تحرر قبل الوفاة بأيام قليلة ما لم يكن البائع قد مات فجأة (استئناف وطنى ٢٥ نوفمبر سنة ١٩١٤ الشرائع ٢ رقم ١١٨ ص١١٦). ولا مانع من الطعن فى التصرف بأنه صادر فى مرض الموت بعد الطعن فيه بالتزوير (محكمة مصر الوطنية ٢٩ مايو سنة ١٩٢٧ المحاماة ٩ رقم ١/٥٣٩ ص٩٩٦).

(١) وعلى هذا العقد اجماع الفقه المصرى: الأستاذان أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ٢٠٦ وفقرة ٢١٠ – الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٤٧ – الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٩٩ ص٤٨٣ – ص٤٨٤– الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٥٨ – الأستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ٤١٨.

ذلك أن التصرف الصادر فى مرض الموت إذا انطوى على تبرع فيما يجاوز ثلث التركة لا يكون باطلا ولا يكون قابلا للابطال(١)، بل يكون فيما جاوز ثلث التركة غير نافذ فى حق الورثة(٢). فهو تصرف صحيح، ولكنه لا ينفذ فى حق الورثة إلا باجازتهم، فإذا لم توجد ورثة نفذ التصرف فى كل المال(1).

وقد اختلف فقهاء الإسلام فى تكييف حق الورثة الذى يتعلق بأموال مورثهم وقت مرض الموت. فذهب بعضهم إلى أنه حق ملكية كامل يثبت بمجرد المرض، وذهب آخرون إلى أن حق الملكية إنما يكون عند الموت ولكنه يستند إلى وقت بدء المرض، وذهب فريق ثالث إلى أن حق الورثة وقت المرض ليس حق ملكية بل هو حق خلافة أو إرث(٣).

---

(١) قارن الأستاذين أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ٢١٢– الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٦٠.

(1) توقيع المطعون عليه الأول كشاهد على عقدى البيع – المطعون فيهما بصدورها فى مرض الموت – فى وقت لم يكن قد أصبح فيه وارثا لا يعدو أن يكون شهادة بصحة صدورها من المورث، ولا يعتبر أجازة منه للعقدين لان هذه الاجازة لا يعتد بها إلا إذا حصلت بعد وفاة المورث، إذ أن صفة الوارث التى تخوله حقا فى التركة لا تثبت له إلا بهذه الوفاة، كما أن توقيعه على العقدين لا يفيد صحة التاريخ المعطى لكل منها إذا لم يكن وارثا وقت توقيعه كشاهد طبقا لما تقدم ذكره.
(جلسة ١٩٧٧/١٢/٦ الطعن ٨١٦ لسنة ٤٢ق س٢٨ ص١٧٤٢)
(جلسة ١٩٣٧/٥/٢٠ مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض فى الـ٢٥ عاما قاعدة ١٧ ص٩٥٨)
(جلسة ١٩٥١/٥/٣ مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض فى الـ ٢٥ عاما قاعدة ١٨ ص٩٥٨)

(٢) وتسقط دعوى عدم نفاذ التصرف بخمس عشرة سنة من وقت موت المريض (الأستاذان أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى ويدعوانها بدعوى بطلان)، فلا يكفى إذن سكوت الورثة ولو مدة طويلة إذ كانت دون مدة السقوط (استئناف مختلط ١٥ يونيه سنة١٩٢٦ م٣٨ ص٤٧٢)، ما لم يستخلص من هذا السكوت إجازة ضمنية للتصرف من الورثة، وقد قضت محكمة استئناف أسيوط بأن سكوت الوارث بعد وفاة المورث مع ظهور العقد ونقل التكليف للمشترى دون أن يطعن الوارث، بل سكت مدة ثلاث سنوات أو أربع حتى وفاته يعتبر إجازة للعقد الصادر فى مرض الموت (١٨ مارس سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٣ رقم ٢٤٢).

(٣) فعند الشافعى لا يثبت الإرث إلا عند الموت، وفى المسألة خلاف عند الحنفية. ويظهر أثر ذلك فى المطلقة دون رضاها طلاقاً بائناً فى مرض الموت ومات مطلقها وهى فى العدة، هل ترث أو لا ترث؟ عند الحنفية ترث، وعند الشافعية لا ترث. ويورد صاحب البدائع حجج الفريقين على الوجه الآتى: «وإن كان (الطلاق) بغير رضاها فإنها ترث من زوجها عندنا، وعند الشافعى لا ترث. ومعرفة هذه المسألة مبنية على معرفة سبب استحقاق الإرث وشرط الاستحقاق ووقته. أما السبب فنقول لا خلاف أن سبب استحقاق الإرث فى حقها النكاح... واختلف فى الوقت الذى يصير النكاح سبباً لاستحقاق الإرث. وعند الشافعى هو وقت الموت، فإن كان النكاح قائماً وقت الموت ثبت الإرث، وإلا فلا.= =

وأيا كانت طبيعة حق الورثة، فانه حق يقيد من تصرف المريض على النحو الذى أسلفناه.

ولما كان تقييد تصرف المريض فى مرض الموت يرجع إلى حق الورثة فى ماله وفقاً

== واختلف مشايخنا. قال بعضهم هو وقت مرض الموت، والنكاح كان قائماً من كل وجه من أول مرض الموت، ولا يحتاج إلى إبقائه من وجه إلى وقت الموت ليصير سبباً. وتفسير الاستحقاق عندهم هو ثبوت الملك من كل وجه للوارث من وقت المرض بطريق الظهور، ومن وجه وقت الموت مقصوراً عليه وهو طريق الاستناد، وهما طريقتا مشايخنا المتقدمين. وقال بعضهم: وهو طريق المتأخرين منهم، إن النكاح القائم وقت مرض الموت سبب لاستحقاق الإرث وهو ثبوت حق الإرث من غير ثبوت الملك للوارث أصلا لا من كل وجه ولا من وجه. وجه قول الشافعى أن الإرث لا يثبت إلا عند الموت، لأن المال قبل الموت ملك المورث بدليل نفاذ تصرفاته، فلابد من وجود السبب عند الموت. ولا سبب ههنا إلا النكاح، وقد زال بالإبانة والثلاث، فلا يثبت الإرث، ولهذا لا يثبت بعد انقضاء العدة ولا يرث الزوج منها بلا خلاف ولو كان النكاح قائماً فى حق الإرث لورث لأن الزوجية لا تقوم بأحد الطرفين فدل أنها زائلة. ولنا إجماع الصحابة رضى الله عنهم والمعقول. أما الإجماع... وأما المعقول فهو أن سبب الاستحقاق الإرث وجد مع شرائط الاستحقاق فيستحق الإرث، كما إذا طلقت طلاقاً رجعياً. ولا كلام فى سبب الاستحقاق وشرائطه، وانما الكلام فى وقت الاستحقاق، فنقول وقت الاستحقاق هو مرض الموت. أما على التفسير الأول والثانى وهو ثبوت الملك من كل وجه أو من وجه، فالدليل عليه النص وإجماع الصحابة رضى الله عنهم ودلالة الإجماع والمعقول. أما النص فما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال إن الله تعالى تصدق عليكم بثلث أموالكم فى آخر أعماركم زيادة على أعمالكم، أى تصدق باستبقاء ملككم عليكم فى ثلث أموالكم زيادة على أعمالكم. أخبر عن سنة الله تعالى على عباده أنه استبقى لهم الملك فى ثلث أموالهم ليكون الوسيلة إلى الزيادة فى أعمالهم بالصرف إلى وجوه الخير، لأن مثل هذا الكلام يخرج مخرج الإخبار عن المنة. وآخر أعمارهم مرض الموت، فدل على زوال ملكهم عن الثلثين إذ لو لم يزل لم يكن ليمن عليهم بالتصدق بالثلث بل بالثلثين، إذ الحكيم فى موضع بيان المنة لا يترك أعلى المنتين ويذكر أدناهما. وإذا زال ملكه عن الثلثين يؤول إلى ورثته، لأنهم أقرب الناس إليه.. وأما إجماع الصحابة رضى الله عنهم.. وأما دلالة الإجماع فهى أنه لا ينفذ تبرعه فيما زاد على الثلث فى حق الأجانب، وفى حق الورثة لا ينفذ بشئ أصلا ورأسا حتى كان للورثة أن يأخذوا الموهوب من يد الموهوب له من غير رضاه إذا لم يدفع القيمة ولو نفذ لما كان لهم الأخذ من غير رضاه. فدل عدم النفاذ على زوال الملك، وإذا زال يزول إلى الورثة لما بينا. وأما المعقول فهو أن المال الفاضل عن حاجة الميت يصرف إلى الورثة بلا خلاف، والكلام فيما إذا فضل ووقع من وقت المرض لفراغ عن حوائج الميت. فهذه الدلائل تدل على ثبوت الملك من كل وجه للوارث فى المال الفاضل عن حوائج الميت، فيدل على ثبوت الملك من وجه لا محالة. وأما على التفسير الثالث، وهو ثبوت حق الإرث رأساً، فدلالة الإجماع والمعقول. أما دلالة الإجماع فهو أن ينقض تبرعه بعد الموت، ولولا تعلق حق الوارث بماله فى مرض موته لكان التبرع تصرفاً من أهل فى محل مملوك له لا حق للغير فيه فينبغى ألا ينقض، فدل حق النقض على تعلق الحق واما المعقول فهو ان النكاح حال مرض الموت سار وسيلة إلى الأرث ووسيلة حق الإنسان حقه لأنه ينتفع به، والطلاق البائن والثلاث إبطال لهذه الوسيلة فيكون إبطالا لحقها، وذلك إضرار بها فيرد عليه» (البدائع٣ ص٢١٨– ص٢٢٠). وانظر أيضاً فى هذه المسألة الأستاذ محمد أبو زهرة فى أحكام التركات والمواريث ص١٠– ص١٣.

لمبادئ الفقه الإسلامي، فان هذا التقييد لا يسرى إلا فى حق من تجرى فى ميراثه أحكام الشريعة الإسلامية، وهؤلاء هم كل المصريين مسلمين كانوا أو غير مسلمين. أما الأجنبى الذى لا تجرى فى ميراثه أحكام الشريعة الإسلامية فلا يسرى هذا التقييد فى حقه[1].

١٨٢- الحكم العام فى تصرفات المريض مرض الموت: وقد أورد التقنين المدنى نصاً يقرر الحكم العام فى تصرفات المريض مرض الموت، أياً كان هذا التصرف بيعاً أو غير بيع. فنصت المادة ٩١٦ مدنى على ما يأتى: «١- كل عمل قانونى يصدر من شخص فى مرض الموت ويكون مقصوداً به التبرع، يعتبر تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت، وتسرى عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التى تعطى لهذا التصرف. ٢- وعلى ورثة من تصرف أن يثبتوا أن العمل القانونى قد صدر من مورثهم وهو فى مرض الموت، ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق، ولا يحتج على الورثة بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً. ٣- وإذا أثبت الورثة أن التصرف صدر من مورثهم فى مرض الموت، اعتبر التصرف صادراً على سبيل التبرع، ما لم يثبت من صدر له التصرف عكس ذلك. كل هذا ما لم توجد أحكام خاصة تخالفه».

ولسنا هنا فى مقام شرح هذا النص، ونقتصر فيه على القدر الذى يتعلق بالبيع[2](1)، فقد رأينا أن الفقرة الثالثة من المادة ٤٧٧ مدنى تنص على ما يأتى: «ويسرى

(١) ومع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن أحكام بيع المريض مرض الموت تسرى ولو كان البائع أجنبياً: ٢٥ مارس سنة ١٩٢٢ م٣٤ ص٢٤٧ - ٣ يونيه سنة ١٩٢٢ م٣٤ ص٢٤٧- ٣ يونيه ١٩٢٢ م٣٤ ص٤٥٢ - ١٥ يونيه سنة ١٩٢٦ م٣٨ ص٤٧٢- ٢٥ فبراير سنة ١٩٣٠ م٤٢ ص٣١٥.

(٢) ولم يكن التقنين المدنى السابق يشتمل على نص يماثل المادة ٩١٦ من التقنين المدنى الجديد، ولذلك تضارب القضاء فى مد أحكام بيع المريض مرض الموت إلى تصرفاته الأخرى غير البيع. فقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن شراء المريض من الوارث لا تسرى عليه أحكام البيع (٢٥ فبراير سنة ١٩٣٠ م٤٢ ص٣١٤). ولكن إقرار المريض لوارثة يسرى عليه حكم البيع (استئناف مصر ٢٩ أكتوبر سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ٢/٥٣٤ ص٨٥٦- ٦ مايو سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٢/٢٢٠ ص٤٤٠ - المنصورة ٢٥ يناير سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٣٤٤ ص٥٢٤ - طنطا ٢٨ يناير سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٣/٣٧ ص٦٧- الزقازيق ٢٨ يونيه سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٤٣٨ ص٨٤٨- الزقازيق ٤ ديسمبر سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣٣ رقم ٤٩ ص٨٧- أسيوط ٢٩ يناير سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٨٠ ص١٣٤- استئناف مختلط ١١ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م٤١ ص٩٣- انظر عكس ذلك أى عدم جواز الطعن فى الإقرار الصادر فى مرض الموت: استئناف مصر ٣٠ يناير سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ رقم ٤٧٠ ص٧٧١- الزقازيق ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٢٨ المجموعة الرسمية ٣٠ رقم ٥٦ ص١٣٥- مصر ١٨ يناير سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٣ رقم ٢/٦٤٥ ص١٢٧٥). أما الإيجار فلا يتأثر بصدوره فى مرض الموت (مصر ١٩ يناير سنة ١٩٢٤ المحاماة ٤ رقم ٦٣٦ ص٨٥٠).

(1) إذا كان الحكم المطعون فيه قد قضى بصحة التصرف فى حدود ثلث كل منهما - باعتبار =

على بيع المريض مرض الموت أحكام المادة ٩١٦». فإذا صدر بيع من المورث، وبعد موته طعن الورثة فى هذا التصرف، فأول شئ يجب على الورثة عمله فى هذا الطعن هو أن يثبتوا أن البيع قد صدر من مورثهم وهو فى مرض موته. ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق، ويكون التاريخ العرفى للبيع حجة عليهم إلى أن يثبتوا بجميع طرق الإثبات أن هذا التاريخ قد قدم وأن التاريخ الحقيقى للبيع يقع فى مرض الموت، وقد سبق بيان كل ذلك. فإذا أثبت الورثة أن البيع قد صدر فى مرض الموت، فان النص يفترض أن البيع حقيقته هبة وأن المريض لم يقبض ثمناً من المشترى وأن الثمن المذكور فى العقد إنما هو ثمن صورى. ولكن هذا الفرض قابل لإثبات العكس[1]، وعلى المشترى لينقض هذه القرينة أن يثبت أنه دفع فعلا ثمناً للمبيع لا يقل عن قيمته[2]. فإذا لم يستطع إثبات ذلك، أو ثبت أن الثمن الذى دفعه أقل من قيمة المبيع، اعتبر البيع - فى المبيع كله فى الصورة الأولى وفى حدود زيادة قيمة المبيع على الثمن فى الصورة الثانية - تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت، وتسرى عليه أحكام الوصية. وهذا ما نتكفل الآن ببيانه.

ب- أحكام البيع فى مرض الموت

١٨٣- فروض مختلفة: البيع فى مرض الموت إما أن يكون بثمن لا يقل عن قيمة المبيع، أو بثمن يقل بما لا يجاوز ثلث التركة، أو بثمن يقل بما يجاوز هذا الثلث، أو بغير ثمن أصلا وفى هذه الحالة يكون البيع هبة مستترة.

=أنهما صادرين فى مرض موت المورث دون أن يستظهر عناصر التركة التى خلفها المورث أو يعنى يبحث ما إذا كانت التركة محملة بديون للغير أم لا مع أن هذا البيان لازم لتقدير الثلث الذى تخرج منه الوصية على النحو الذى يتطلبه القانون، لما كان ذلك فان الحكم يكون فوق خطئه فى تطبيق القانون قد جاء قاصرا عن بيان الاسباب التى استند إليها فى تقييم القدر الجائز الايصاء به.

(جلسة ١٩٧٧/١٢/٦ مجموعة احكام النقض السنة ٢٨ ص١٧٤٢)

(جلسة ١٩٥٠/٤/٢٧ مجموعة القواعد القانونية لمحكمة النقض فى الـ٢٥ عاما قاعدة٧ ص١٢٠٤)

(جلسة ١٩٣٤/٤/٢٦ مجموعة القواعد القانونية لمحكمة النقض فى الـ٢٥ عاما قاعدة ١٥ ص٩٥٨)

(١) الأستاذان أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى ص٢٠٧ هامش رقم ١- الأستاذ محمد كامل مرسى ص٤٨٦- قارن استئناف مصر ٦ مايو سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ ص٤٤.

(٢) ولا يجوز للمشترى التمسك بإقرار البائع أنه قبض ثمناً وذكر ذلك فى عقد البيع، لأن هذا إقرار من مريض فى مرض موته فلا يعتد به، ولأن الشبهة قائمة فى أن البائع والمشترى متواطئان على تصوير أن هناك ثمناً دفع (الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٣٠١ ص٤٨٩- الأستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ٤٢١ ص٦١٢ هامش رقم ١).

فهذه فروض مختلفة نستعرضها واحداً بعد الآخر، ثم نعقبها بما قرره القانون من حماية الغير حسن النية.

وقد قدمنا أن الورثة إذا أثبتوا أن البيع قد صدر فى مرض الموت، فان البيع يعتبر صادراً على سبيل التبرع أى يكون هبة بغير ثمن، ولا عبرة بالثمن المذكور فى العقد. وعلى المشترى أن يثبت أنه دفع ثمناً، وأن يثبت مقدار الذى دفعه من ذلك. فإذا لم يستطع إثبات أنه دفع ثمناً، كان البيع هبة. وإذا استطاع إثبات أنه دفع ثمناً ومقدار ما دفعه، لم يخل الحال كما قدمنا من أن يكون هذا الثمن لا يقل عن قيمة المبيع أو يقل بما لا يجاوز الثلث أو بما يجاوزه(١).

١٨٤- البيع بما لا يقل عن القيمة: إذا أثبت المشترى أنه دفع ثمناً للمبيع لا يقل عن قيمته، كان البيع صحيحاً نافذاً فى حق الورثة دون حاجة إلى إجازتهم، ويستوى فى ذلك أن يكون البيع لوارث أو لغير وارث.

والمراد بالوارث، فى جميع أحكام بيع مرض الموت، هو من يكون وارثاً وقت موت المورث، ولو لم يكن وارثاً وقت البيع. أما من كان وارثاً وقت البيع وأصبح غير وارث وقت موته المورث، فلا يعتبر وارثاً فى هذه الأحكام. فلو لم يكن للمورث وقت البيع من الورثة غير بنت وزوجة وأخت، ثم رزق بعد البيع مولوداً ذكراً، اعتبر الابن وارثاً ولو أنه لم يكن موجوداً وقت البيع، ولم تعتبر الأخت وارثة لأنها لا ترث وقت الموت وإن كانت تعتبر وارثة وقت البيع(٢). كذلك تقدر قيمة المبيع، لمعرفة نسبة الثمن إليها، وقت الموت لا وقت

(١) أما بالنسبة إلى الدائنين، فكل محاباة أو تبرع فى مرض الموت يعتبر فى حكم الوصية، فتتقدم عليها الديون، ولا تنفذ إذا كانت التركة مستغرقة. وقد جاء فى المادة ٣٦١ من مرشد الحيران فى هذا المعنى: «إذا باع المريض لأجنبى (أو لغير أجنبى من باب أولى) شيئاً من ماله بمحاباة فاحشة أو يسيرة، وكان مديوناً بدين مستغرق لماله، فلا تصلح المحاباة سواء أجازته الورثة أو لم يجيزوه. ويخير المشترى من قبل أصحاب الديون، فإن شاء بلغ المبيع تمام القيمة، وإلا فسخ البيع. فإن كان قد تصرف فى المبيع قبل الفسخ، تلزمه قيمته بالغة ما بلغت» - وإذا برئ المريض من مرضه، جاز للدائنين الطعن بالدعوى البوليصية فى تصرفه باعتباره تبرعاً (الأستاذان أحمد نجيب الهلالى فقرة ٢١٨- الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٣٠٠ ص٤٨٦- ص٤٨٧)، وهذا فوق دعوى الإبطال للغلط التى تكون للمريض نفسه بعد أن يبرأ من مرضه كما سبق القول، وهى دعوى يجوز لدائنيه أن يرفعوها باسمه.

(٢) الأستاذان أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ٢١١- الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٦٣- وبيت المال لا يعتبر وارثاً، فالبيع فى مرض الموت للزوجة صحيح إذا لم يكن للزوج وارث آخر. ولذلك لا يصح لبيت المال (الحكومة) أن يطعن فى العقد بحجة أن له ثلاثة أرباع التركة، لأن بيت المال ليس بوارث. بل الحكومة تستحق التركة إذا خلت من الورثة أو وجد منهم فقط من لا يمكن الرد عليه، لا من طريق الإرث، بل لاعتبارها مالا لا مالك له (محكمة اللبنان ٢٤ ديسمبر سنة ١٩١٤ الشرائع٢ رقم ١٤٢ ص١٢٧- وانظر المنيا ١٨ مارس سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٠ رقم ٣٧٧ ص٧٥٧- وقارن مع ذلك استئناف مختلط ٢٥ مارس سنة ١٨٩٥ م٧ ص١٩٢). وهذا الحكم يتفق مع ما جاء فى الفقه الإسلامى من أن بيت المال يأخذ المال من جهة أنه لا مالك به (أحكام القرآن للجصاص=

البيع، فلو باع المريض داراً بألفين وكانت قيمتها وقت البيع معادلة لهذا الثمن، ثم أصبحت قيمتها وقت الموت ألفين وخمسمائة، فان البيع هنا يكون بأقل من القيمة بمقدار خمسمائة، وهذا بالرغم من أنه كان يمثل القيمة وقت البيع. وعلى العكس من ذلك لو كانت قيمة الدار وقت البيع ألفاً وخمسمائة، ثم أصبحت ألفين وقت الموت، فان البيع يكون بمثل القيمة.

وقد كان البيع بمثل القيمة فى عهد التقنين المدنى السابق يجرى التمييز فيه بين البيع لغير وارث والبيع لوارث. ففى البيع لغير وارث يتفق التقنين السابق مع التقنين الجديد فى الحكم الذى تقدم بيانه. أما فى البيع لوارث فقد كان هناك، فى عهد التقنين المدنى السابق، رأيان. الرأى الأول، وكان الرأى الأرجح، يجعل البيع نافذاً دون حاجة إلى إجازة الورثة كما فى البيع لغير الوارث، وهذا هو رأى الصاحبين فى المذهب الحنفى. والرأى الثانى يذهب إلى أن البيع لا ينفذ فى حق الورثة إلا باجازتهم، لأن المورث خص الوارث بعين المبيع، وفى هذا ضرب من المحاباة والإيثار، وهذا هو رأى الإمام أبى حنيفة(١).

١٨٥- البيع بأقل من القيمة بما لا يجاوز ثلث التركة: وإذا أثبت المشترى أنه دفع ثمناً للمبيع وأثبت مقدار ما دفع، وكان هذا المقدار يقل عن قيمة المبيع وقت الموت بما لا يجاوز ثلث التركة، فان البيع يكون هنا أيضاً صحيحاً نافذاً فى حق الورثة دون حاجة إلى إجازتهم، ويستوى فى ذلك أن يكون البيع لوارث أو لغير وارث.

والتركة تقدر بقيمة أموال المورث وقت الموت لا وقت البيع، وتدخل فيها قيمة المبيع ذاته (م١/٤٧٧ مدنى). فلو أن المريض باع داراً قيمتها وقت البيع ألفان بألف ولم يكن له مال غير هذه الدار، وقد أصبحت قيمتها وقت الموت ألفا وخمسمائة، كان البيع بأقل من قيمة المبيع بمقدار خمسمائة لا بمقدار ألف، وكان نقص الثمن عن القيمة لا يجاوز ثلث التركة، وقد أصبحت ألفاً وخمسمائة يوم الموت ودخل المبيع فيها عند تقدير قيمتها كما سبق القول.

وقد كان البيع بأقل من القيمة بما لا يجاوز ثلث التركة فى عهد التقنين المدنى السابق يجرى التمييز فيه بين ما إذا كان البيع لغير وارث ويكون الحكم هو ما قدمناه، وما إذا كان البيع لوارث ولا ينفذ إلا باجازة الورثة(٢). ذلك أن أية محاباة فى الثمن تعتبر

=٢ ص١٠٠- وانظر الأستاذين أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ٢١١ ص٢٠٥ هامش رقم ١- الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٦٦)- وقد جاء فى قانون الوصية نص صريح فى هذا المعنى، فقضت المادة ٣٧ من هذا القانون بأن «تنفذ وصية من لا دين عليه ولا وارث له بكل ماله أو بعضه، من غير توقف على إجازة الخزانة العامة».

(١) الأستاذان أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ٢١٥.

(٢) استئناف مصر ٢٥ فبراير سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٣ رقم ١٩- ٤ مايو سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٣ رقم ١٧.

تبرعاً فتأخذ حكم الوصية، وكانت الوصية فى عهد التقنين المدنى السابق لا تجوز لوارث إلا بإجازة الورثة إلى أن صدر قانون الوصية (رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦) يجيز الوصية لوارث دون حاجة إلى إجازة الورثة(١).

١٨٦ – البيع بأقل من القيمة بما يجاوز ثلث التركة: وإذا لم يستطع المشترى أن يثبت أنه دفع ثمناً إلا مبلغاً هو أقل من قيمة المبيع وقت الموت بما جاوز ثلث قيمة التركة وقت الموت أيضاً، فان البيع فى هذه الحالة لا يكون نافذاً فى حق الورثة فيما يجاوز ثلث التركة إلا باجازتهم(٢). وهذا هو حكم الوصية، وقد قدمنا أن المقدار المحابى به يعتبر فى حكم

---

(١) والعبرة فى معرفة أى حكم يسرى تكون بتاريخ موت المورث. فإن كان هذا التاريخ قبل نفاذ التشريع الذى يجيز الوصية لوارث (قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦)، فحكم التقنين القديم هو الذى يسرى، وإلا فحكم التقنين الجديد.

وكان القضاء السابق يكشف عن تحايل المريض إذا باع لغير وارث ثم يحول المشترى البيع إلى وارث، فصدور البيع لولد الزوجة وهو غير وارث ثم تحويل العقد من الولد إلى أمه فيه تحايل، ويعتبر بيعاً صادراً لوارث فى مرض الموت (استئناف مصر ٣١ ديسمبر سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٣/٤٣٠ ص٨٢٨).

(٢) نقض مدنى ٢٦ أبريل سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ١٧٧ ص٣٨٠– استئناف وطنى ٢٥ أبريل سنة ١٨٩٩ الحقوق ١٤ ص١٣٨.

هذا والإجازة يجب أن تصدر من أهل للتبرع، فلا يصح أن يكون الوارث المجيز صبياً أو مجنوناً أو محجوراً عليه، أو أن يكون هو نفسه مريضاً مرض الموت. والمجيز إذا كان مريضاً مرض الموت لا تنفذ إجازته إلا فى حدود ثلث تركته بغير إجازة ورثته (الأستاذان أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى ص٢٠٦ هامش رقم ٢). ويجب أن يكون المجيز عالما بالعيب وراغباً فى تصحيحه، فاشتراك الوارث فى تحرير محضر جرد التركة وإشارته فى المحضر إلى التصرف لا يكون إجازة إلا إذا أراد بذلك الموافقة على التصرف (نقض مدنى ٢٠ مايو سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر٢ رقم ٥٧ ص١٦٤ استئناف وطنى أول فبراير سنة ١٩١٠ المجموعة الرسمية ١١ رقم ٢/١٠٨ ص٢٩٦ – استئناف مختلط ٢٤ فبراير سنة ١٨٩٧ م٩ ص١٧١– الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٣٠١ ص٤٩٠).

ويجب أن تقع الإجازة بعد الموت، فالإجازة الحاصلة وقت العقد أو اشتراك الورثة فى نفس العقد لا يعتبر إجازة، ويجب صدور الإجازة مرة ثانية بعد الموت. وإجازة بعض الورثة دون بعض لا تنفذ إلا فى حصص من أجاز من الورثة (نقض مدنى ٢٠ مايو سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر٢ رقم ٥٧ ص١٦٤ وهو الحكم السابق الإشارة إليه). ويجوز للمشترى أن ينذر الورثة ليعلنوا ما إذا كانوا يجيزون التصرف أو لا يجيزونه، وأن يلتجئ إلى القضاء لتحديد ميعاد لذلك، لكن إذا انقضى الميعاد عد هذا عدم إجازة منهم للتصرف (الأستاذان أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ٢١٤– الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٦٢– الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٥٠ – الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٣٠١ ص٤٩٠– الأستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ٤٢٢). وسكوت الوارث بعد وفاة المورث مع ظهور العقد ونقل التكليف للمشترى دون أن يطعن الوارث، بل سكت مدة ثلاث سنوات أو أربع حتى وفاته، يعتبر إجازة ضمنية للعقد الصادر فى مرض الموت (استئناف أسيوط ١٨ مارس سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٣ رقم ٢٤٢ وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم). =

الوصية. ويستوى فى ذلك أن يكون البيع لوارث أو لغير وارث(١). فلو أن المريض باع داراً قيمتها وقت البيع ألفان بألف، ولم يكن له مال غير هذه الدار، وقد أصبحت قيمتها وقت الموت ألفاً وثمانمائة، فان المقدار الذى حوبى به المشترى يكون ثمانمائة. وهذا يزيد على ثلث التركة – قدره ستمائة – بمائتين. فلا ينفذ البيع فى حق الورثة فى الدار بمقدار مائتين إلا بإجازة الورثة، وينفذ فى باقى الدار دون حاجة إلى إجازتهم. فان لم يجز الورثة فى المائتين، كان على المشترى أن يؤدى إليهم هذا المبلغ ليضاف إلى الألف الذى دفعه ثمناً، فيخلص للورثة ألف ومائتان، وهذا المبلغ هو ثلثا التركة الواجب أن يخلص للورثة. وللمشترى أن يفسخ البيع، فيرد الدار للتركة، ويسترد منها الألف وهو الثمن الذى دفعه(٢).

وقد كان البيع بأقل من القيمة بما يجاوز ثلث التركة فى عهد التقنين المدنى السابق يجرى التمييز فيه بين ما إذا كان البيع لغير وارث ويكون الحكم هو ما قدمنا(٣)، وما إذا كان البيع لوارث فلا ينفذ فى حق الورثة فى جميع الدار – لا فيما يجاوز ثلث التركة فحسب – إلا باجازتهم(٤).

= وإذا تعددت العقود الصادرة من المورث فى مرض الموت، اعتبر المشترون فى حكم الموصى لهم، واقتسموا الثلث بنسبة ما أوصى به لكل منهم، ولا محل للرجوع إلى تواريخ العقود لتقديم أقدمها تاريخا أو تسجيلا (استئناف مصر ٣١ ديسمبر سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٥/٤٣٠ ص٨٢٨).

ويبدو أنه بالنسبة إلى الموصى له يعتبر بيع الموصى فى مرض موته هو أيضاً فى حكم الوصية، فيكون البيع فى مرض الموت إما ناقصاً للوصية الأولى وإما نافذاً معها فى حدود ثلث التركة (قارن استئناف وطنى ١٥ أبريل سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٣ رقم ١٠٦ وتعليق الأستاذين أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى ص٢٠٨ هامش رقم١).

(١) فإذا لم يكن للمريض ورثة نفذ البيع أيا كان المقدار المحابى به ولو كان البيع فى حقيقته هبة، ولا يعتبر بيت المال وارثا كما سبق القول (الأستاذان أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ٢١٩– الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٦٦).

(٢) كذلك للورثة أن يستبقوا الدار شائعة بينهم وبين المشترى، وتكون حصتهم فيها بمقدار المائتين اللتين اعتبر البيع فيهما غير نافذ. وقد أجازت محكمة استئناف أسيوط للوارث أن يأخذ حقه وهو الثلثان عيناً إذا كانت العين المبيعة قابلة للتجزئة (١٧ أبريل سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ ص٦٤٥ – وانظر أيضاً استئناف مصر ٣١ ديسمبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١١ ص٨٢٨).

(٣) الأستاذان أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ٢١٩– فقرة ٢٢٢ ومراجع الفقه والقضاء المشار إليها.

(٤) الأستاذان أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ٢١٥. والعبرة فى معرفة أى حكم يسرى تكون هنا أيضاً بتاريخ موت المورث، فإن كان هذا التاريخ قبل نفاذ قانون الوصية (رقم ١٧ لسنة ١٩٤٦) الذى يجيز الوصية لوارث فحكم التقنين القديم هو الذى يسرى، وإلا فحكم التقنين الجديد.

١٨٧- التصرف بغير ثمن أصلا: وإذا لم يستطع المشترى أن يثبت أنه دفع ثمناً ما للمريض، اعتبر التصرف هبة بغير ثمن، وكان لها حكم الوصية لأنها وقعت فى مرض الموت. فإذا كانت قيمة العين لا تزيد على ثلث التركة، نفذ التصرف فى حق الورثة دون حاجة إلى إجازتهم. وإذا زادت قيمة العين على ثلث التركة، لم ينفذ التصرف فيما جاوز الثلث إلا باجازة الورثة، فان لم يجيزوا وجب على المتصرف له أن يرد إلى التركة ما جاوز الثلث، أى أن يرد إليها ما يفى بتكملة ثلثيها. ويستوى فى ذلك كله أن يكون التصرف لوارث أو لغير وارث. فلو أن المريض تصرف فى دار قيمتها وقت الموت ألفان، ولم يستطع المتصرف له أن يثبت أنه دفع ثمناً، وكانت قيمة التركة - ويدخل فى ذلك قيمة الدار المتصرف فيها - ستة آلاف، فان التصرف ينفذ فى حق الورثة دون حاجة إلى إجازتهم، لأن قيمة الدار لا تجاوز ثلث التركة. أما إذا كانت قيمة الترك ثلاثة آلاف والمسألة بحالها، فان قيمة الدار تجاوز ثلث التركة بمقدار ألف، فإذا لم تجز الورثة التصرف وجب على المتصرف له أن يرد إلى التركة ألفاً على النحو الذى قدمناه[1].

وقد كان التصرف بغير ثمن أصلا فى عهد التقنين المدنى السابق يجرى التمييز فيه بين ما إذا كان التصرف لغير وارث ويكون الحكم هو ما قدمناه، وما إذا كان التصرف لوارث فلا ينفذ فى حق الورثة فى جميع الدار- سواء زادت قيمتها على ثلث التركة أو لم تزد - إلا باجازة الورثة، فإذا لم يجيزوا وجب على الوارث رد الدار إلى التركة[1].

١٨٨- حماية الغير حسن النية: ويتبين مما قدمناه أن هناك حالتين لا ينفذ فيهما تصرف المريض فى حق الورثة إلا باجازتهم[2]، وهما: (١) إذا تصرف بغير ثمن أصلا

(١) والعبرة هنا أيضاً بتاريخ موت المورث، فإن كان قبل نفاذ قانون الوصية (رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦) الذى يجيز الوصية للوارث سرى حكم التقنين السابق، وإلا فيسرى حكم التقنين الجديد.

(1) قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ الذى يحكم الواقعة نص على أن الوصية لا تنفذ من غير اجازة الورثة إلا فى حدود ثلث تركة الموصى بعد سداد جميع ديونه، ولم يتعرض هذا القانون صراحة للوقف الذى تقوم فيه التركة وتحدد ثلثها، إلا أن الراجح فى مذهب ابى حنيفة أن يكون تقدير الثلث الذى تخرج منه الوصية بقيمة وقت القسمة والقبض لانه هو وقت استقرار الملك وتنفيذ الوصية واعطاء كل ذى حق حقه وحتى لا يكون هناك غبن على أى واحد من الورثة أو الموصى له فيها بعطاء ورتبوا على ذلك - كل ما يحدث فى الفترة ما بين وفاة الموصى والقسمة من نقص فى قيمة التركة أو هلاك فى بعض أعيانها يكون على الورثة والموصى له، وكل زيادة تطرأ على التركة فى هذه الفترة تكون للجميع.

(جلسة ١٩٧٧/١٢/٦ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٨ ص١٧٤٢)

(2) لما كان المشرع فى المادتين ٤٧٧، ٩١٦ من التقنين المدنى لم يستلزم لاعتبار التصرف وصية سوى أن يصدر فى مرض الموت وأن يكون مقصودا به التبرع ولم يستوجب المشرع فى هذه الحالة أن يحتفظ المتصرف بحيازة المبيع والانتفاع به طوال حياته على نحو اشترط فى المادة ٩١٧ من التقنين المدنى وإذ خلص الحكم المطعون فيه سائغا، إلى أن تصرف المورث للطاعن بموجب العقدين قد =

وكانت قيمة العين تزيد على ثلث التركة. (٢) أو باع بأقل من القيمة بما يجاوز ثلث التركة.

ففى هاتين الحالتين إذا لم تجز الورثة، ولم يرد المتصرف إليه إلى التركة ما يفى بتكملة ثلثيها، كان للورثة أن يستوفوا من العين التى تصرف فيها المريض ما يفى بتكملة ثلثى التركة. وإذا تبرع المتصرف له بالعين، جاز للورثة أن يتتبعوا العين فى يد المتبرع له وأن يستوفوا منها حقهم على النحو الذى قدمناه[1]. أما إذا كان المتصرف له قد تصرف فى العين معاوضة لا تبرعاً، بأن باعها مثلا من شخص آخر، فان الورثة لا يستطيعون تتبع العين فى يد المشترى إذا كان حسن النية، أى إذا كان المشترى لا يعلم وقت أن اشترى العين أن للورثة حقاً فيها بل كان يعتقد أنها ملك خالص للبائع[2]. وتقول المادة ٤٧٨ مدنى، كما رأينا، فى هذا الصدد ما يأتى: «لا تسرى أحكام المادة السابقة إضراراً بالغير حسن النية وإذا كان هذا الغير قد كسب بعوض حقاً عينياً على العين المبيعة». ولا يبقى للورثة فى هذه الحالة إلا الرجوع بحقهم على من تصرف له المريض.

والحكم لا يتغير فيما إذا كان المتصرف له رهن العين أو رتب عليها حق ارتفاق أو حق انتفاع أو أى حق عينى آخر، وكان من تلقى الحق العينى حسن النية. فيجب فى هذه الحالة أن يحترم الورثة هذا الحق العينى، ولا يستوفوا من العين حقهم إلا وهى محملة بهذا الحق[3].

٤- بيع الوارث لعين فى التركة قبل سداد الديون

١٨٩- وضع المسألة - سريان مبادئ الفقه الإسلامى: قدمنا أن هناك صوراً مختلفة لبيع التركة، وقد استبعدنا من هذه الصور بيع الحقوق الاحتمالية فى تركة دون ضمان صفة الوارث وبيع التركة المستقبلة. وعالجنا صورة ثالثة هى بيع الوارث لحصته فى التركة أى لنصيبه فى مجموع من المال مع ضمان صفته كوارث، سواء كان البيع لغير وارث أو

=صدر فى مرض الموت فان ما استطرد إليه الحكم بعد ذلك فى التدليل على احتفاظ الورثة بالحيازة وبحقها فى الانتفاع طوال حياتها هى اسباب نافلة ويكون النص عليها غير منتج.

(جلسة ١٩٨٣/١٢/٢٧ الطعن ١٠١١ لسنة ٤٧ق)

(١) وذلك ما لم تكن العين منقولا وقد حازه المتبرع له بحسن نية.

(٢) أما إذا كان المشترى سئ النية، كأن أعلنه الورثة قبل أن يقدم على الشراء بعدم إجازتهم لتصرف المريض، لم يجز له أن يطلب الحماية (استئناف مختلط ١٠ يناير سنة ١٩٢٢ م٣٤ ص١٠٧).

(٣) الأستاذان أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ٢٢٤- الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٦٥- الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٥١- الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٣٠٢- الأستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ٤٢٣- الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١٣١.

كان لوارث وهو التخارج. ويبقى أن نعالج هنا الصورة الأخيرة وهى بيع الوارث لعين معينة بالذات من أعيان التركة قبل سداد الديون.

لو أننا كنا نطبق مبادئ القانون الفرنسى، حيث تنتقل الديون إلى ذمة الورثة كما تنتقل الحقوق، لكان الوارث يستطيع أن يبيع أعيان التركة قبل سداد الديون. فان هذه الأعيان قد انتقلت إلى ملكيته بمجرد موت المورث وقبول الوارث للميراث، كما أن الديون قد انتقلت إلى ذمته، فله أن يبيع الأعيان، ثم يسدد الديون بعد ذلك ولو من ماله الشخصى.

ولكن مبادئ الفقه الإسلامى تتعارض مع التصوير المتقدم، فديون التركة وفقاً لهذه المبادئ تتعلق بأموالها، فتجب معرفة متى تنتقل أموال التركة للورثة، ومدى تعلق حقوق الدائنين بهذه الأموال، ويستتبع ذلك أن نتساءل هل يستطيع الورثة أن يتصرفوا فى أعيان التركة قبل سداد ديونها.

وقد كان هناك خلاف محتدم فى عهد التقنين المدنى السابق فيما إذا كانت مبادئ الفقه الإسلامى هى التى تسرى فى انتقال أموال التركة إلى الورثة أو هى مبادئ القانون الفرنسى، فانقسم الفقهاء إلى فريقين، فريق يقول بالرأى الأول وكان هو الرأى الراجح، وفريق يقول بالرأى الثانى(1). وقد حسم التقنين المدنى الجديد هذا الخلاف وأخذ صراحة بالرأى الأول، فنصت الفقرة الأولى من المادة ٨٧٥ مدنى على أن «تعيين الورثة وتحديد

---

(1) وأصحاب الرأى الأول يستندون إلى أن المشرع فى عهد التقنين المدنى السابق قد أحال الميراث على الشريعة الإسلامية، لا فحسب من حيث تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم فى الميراث، بل أيضاً باعتبار الميراث طريقاً لانتقال الملكية من المورث إلى الوارث. والوارث فى الشريعة الإسلامية لا يستمر شخص مورثه ولا يحل محله فى التزاماته، بل إن ديون المورث تتعلق بالتركة، وتبقى التركة ضامنة لديونه بعد موته كما كان ماله ضامناً لها حال حياته. ولا يرث الوارث إلا ما يتبقى بعد سداد الديون، إذ لا تركة إلا بعد سداد الدين. أما حق الدائنين فى الشريعة الإسلامية فهو أشبه بحق الاختصاص أو الرهن على جميع التركة، فإذا باع الوارث عيناً من أعيان التركة قبل سداد الدين، كان للدائن أن يتتبعها فى يد المشترى ويستوفى منها حقه. هذا إذا كانت التركة مستغرقة بالدين، أما إذا كانت غير مستغرقة فللدائنين كذلك رهن عام بمقدار ديونهم لأن أموال التركة مثقلة بحقوقهم، ولكن الفقهاء أباحوا للورثة التصرف فى أعيان التركة لأن ضمان الدائنين هى التركة جميعها لا عين بالذات. على أن حق الورثة فى التصرف يقف حين لا يبقى فى التركة إلا ما يكفى للوفاء بالديون، كل تصرف زاد على هذا الحد فهو غير نافذ فى حق الدائنين، وللدائنين أخذ حقهم من أعيان التركة حيث توجد إذا لم يكن الباقى منها كافياً (الأستاذ عبد الحميد بدوى فى مجلة مصر العصرية ١٩١٤ ص١٤ وما بعدها – وملاحظات الأساتذة عزيز كحيل وعبد الخالق ثروت وعبد الحميد مصطفى ومحمد حلمى عيسى فى ص٤٠). وانظر من أحكام القضاء فى هذا الرأى: استئناف وطنى ١٥ فبراير سنة ١٨٩٤ الحقوق ٩ ص١٧– ٢٩ ديسمبر سنة ١٩١٣ الشرائع ١ رقم ٤٢٤ ص٢٧٧ – استئناف مصر ١٨ يونيه سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية ٣١ رقم ١/١٤٢ ص٣٦٤– ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٤٢٨ ص٨٢٦ – ٨ مارس سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٧٠ ص١٦٨– ١٠ ديسمبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٦/٤٢٩ ص٨٧١– ٥ ديسمبر سنة ١٩٤٤ م٥٧ ص١٧– محكمة مصر ٢٨ يناير = سنة ١٨٩٦ القضاء ٣ ص١٩٦ – ٢٢ مارس سنة ١٩٠٤ الاستقلال٣ ص١٠٧– ٢٠ فبراير سنة ١٩٠٦ الحقوق ٢١ ص١١٢– محكمة طنطا ٢١ أكتوبر سنة ١٩١٩ المحاماة١ رقم ١/٣٢ ص١٩٩ – الإسكندرية٣ أبريل ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٢٨ رقم ١٣٠ ص٢٥٠– استئناف مختلط ٢٢ ديسمبر سنة ١٨٩٨ م١١ ص٦٢– ١٣ يونيه ١٩٠٠ ص٣٣٥ – ١٦ ديسمبر سنة ١٩٠٣ م١٦ ص٦٩– ٢٠ أبريل ١٩٠٥ م١٧ ص٢٢١– ٣ يونيه سنة ١٩١١ م٢٣ ص٣٥٤ – ١١ مارس سنة ١٩١٤ م٢٦ ص٢٧٠ – ٩ يناير سنة ١٩١٧ م٢٩ ص١٤٦ – ٢٩ مارس سنة ١٩١٧ م٢٩ ص٢٣٤ – ٣٠ أكتوبر سنة ١٩١٧ م٣٠ ص١٣ –٨ فبراير سنة ١٩٤٠ م٥٢ ص١٢٤ ومن أصحاب هذا الرأى الأول من يذهب إلى حد القول بحلول الديون المؤجلة بموت المدين وفقاً لمبادئ الفقه الإسلامى (الأستاذ على زكى العرابى فى مركز الوارث فى الشريعة الإسلامية سنة ١٩١٣ ومقال له فى المحاماة السنة الأولى العدد الخامس).

أما أصحاب الرأى الثانى فيذهبون إلى أن الشريعة الرسلامية إنما تسرى فى تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم، أما فى كيفية انتقال المال إلى الورثة فليس هذا متصلاً بالأحوال الشخصية، بل هو داخل فى أسباب كسب الملكية، فتسرى فيه القواعد العامة فى القانون المدنى. ومن ثم يجب أن تفصل أموال التركة عن أموال الوارث الخاصة، ويقدم دائنو المورث على دائنى الوارث فى اقتضاء حقوقهم من أموال التركة، لأن حق الضمان العام الذى كان لهم فى حياة المورث لا يزال باقياً كما كان ما دام المالان منفصلين. ولكن طبيعة هذا الحق لا تتغير فلا يصير عينياً بالموت، ولا يكون للدائن حق تتبع العقار إذا خرج من يد الوارث بالبيع إلا إذا كان المشترى سيئ النية. وشأن الدائن أمام تصرف الوارث هو شأنه أمام تصرف المورث بلا فرق، له أن يطعن فى تصرف الوارث بالدعوى البوليصية إذا توافرت شروطها كما كان له ذلك بالنسبة إلى تصرف المورث. ولكن الوارث يلتزم فى أمواله الخاصة بقيمة ما تصرف فيه من أموال التركة، وليس لدائنيه أن يتضرروا من ذلك لأن كل تصرفاته واقعة نتائجها على أمواله، ولا سبيل إلى منعه عن التصرف إلا بالحجر (الأستاذ أحمد عبد اللطيف المحاماة السنة الثانية العدد الثالث – الأستاذ عبد الوهاب محمد الشرائع السنة الأولى ص٥٧). وانظر من أحكام القضاء فى هذا الرأى: استئناف وطنى ٩ ديسمبر سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية١٤ رقم ٢٣ ص٤٢– استئناف مصر ٨ مارس سنة ١٩٣٢ المجموعة الرسمية٣٣ رقم ٢١٤ – محكمة الاسكندرية ٣١ ديسمبر سنة ١٨٩٦ القضاء ٤ ص١٨.

وانظر فى هذه المسألة وما احتدم فيها من خلاف الأستاذين أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ١٩٩– فقرة ٢٠٤ (وما أشير إليه من مراجع فى الفقه القضاء). وانظر بحثاً للأستاذ أحمد ابراهيم فى مجلة القانون والاقتصاد ٧ ص٣٥٧– ٣٩٨).

وقد أخذت محكمة النقض، فى عهد التقنين المدنى السابق، بالرأى الأول. فقضت بأن التركة عند الحنفية، مستغرقة كانت أو غير مستغرقة، تنشغل بمجرد الوفاة بحق عينى لدائنى المتوفى نحولهم تتبعها واستيفاء ديونهم منها بالتقدم على سواهم ممن تصرف لهم الوارث أو من دائنيه. وهذا هو القانون الواجب على المحاكم المدنية تطبيقه إذا ما تعرضت للفصل فى مسائل المواريث بصفة فرعية ولا يحول دون ثبوت هذا الحق العينى لدائنى التركة التعلل بأن الحقوق العينية فى القانون المدنى وردت على سبيل الحصر، وبأن حق الدائن هذا من نوع الرهن القانونى الذى لم يرد فى التشريع الوضعى، وذلك لأن عينية الحق مقررة فى الشريعة الإسلامية، وهى – على ما سبق القول – القانون فى =

أنصبائهم فى الإرث **وانتقال أموال التركة إليهم** تسرى فى شأنها أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة فى شأنها». فلم يقتصر سريان أحكام الشريعة الإسلامية على تعيين الورثة وتحديد أنصبائهم فى الإرث، بل امتد أيضاً إلى انتقال أموال التركة إلى الورثة وهذه هى المسألة التى كانت محل خلاف فى الماضى، وقد حسم الخلاف فيها نص صريح كما نرى(1). إذن لابد من تطبيق مبادئ الفقه الإسلامى فى انتقال أموال التركة إلى الوارث، وفى حكم بيع الوارث لأعيان التركة قبل سداد ديونها. وقد أخذت فعلا نصوص التقنين المدنى الجديد فى الميراث وسداد ديون التركة بهذه المبادئ، سواء خضعت التركة لنظام التصفية أو لم تخضع.

فنبحث إذن مسائل خمساً: (١) انتقال أموال التركة إلى الورثة فى الفقه الإسلامى

=المواريث. وإذن فالحكم الذى ينفي حق الدائن فى تتبع أعيان تركة مدينه تحت يد من اشتراها، ولو كان المشترى حسن النية وكان عقده مسجلا، مخالف للقانون (نقض مدنى ٢٧ فبراير سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٥٩ ص٣٥٦).

وقضت أيضاً بأن تصرف الورثة فى التركة المستغرقة ببيع بعض أعيانها خاضع لحكم القانون المدنى من حيث اعتباره من غير مالك، وبالتالى سبباً صحيحاً لاكتساب الملكية بالتقادم الخمسى، ومن حيث عدم اعتباره محلا لدعوى إبطال التصرف إضراراً بدائن التركة. لكن الحكم الصادر على هذا الأساس بملكية المشترى للعين المبيعة له لا يكسبه هذه الملكية إلا محملة بحق الدائن العينى، لأن التقادم قصير المدة المكسب للملكية لا يمكن أن يكون فى الوقت نفسه تقادماً مسقطاً للحق العينى الذى يثقلها، إذ هذا الحق إنما هو حق تبعى لا يسقط بالتقادم مستقلا عن الدين الذى هو تابع له. وبقاء هذا الحق العينى على الأرض المبيعة هو سند الدائن فى تتبعها بالتنفيذ تحت يد المتصرف إليه. وإذن فمن الخطأ أن يلغى بالغاء إجراءات نزع الملكية التى يتخذها الدائن على تلك الأرض، إذ هذا القضاء يكون فيه إهدار لحق الدائن فى تتبع العين لاستيفاء دينه (نقض مدنى ٢٧ فبراير سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٦٠ ص٣٦٥). ويؤخذ على هذا الحكم الأخير أنه متى قرر للدائن حقاً عينياً على العين الموروثة يمكنه من تتبع العقار تحت يد المشترى، لم يعد فى حاجة إلى إنكار ملكية الوارث للعقار وإلى ترتيب التقادم الخمسى على انعدام الملكية. ولو أن الوارث كان غير مالك حقاً، وباع إلى مشتر حسن النية، لملك هذا بالتقادم الخمسى المبيع خالصاً من حق التركة ودائنيها، فهؤلاء لا يعدون أن يكونوا فى مركز المالك الحقيقى ومركز من كسب حقاً من هذا المالك، فيسرى التقادم فى حقهم.

(1) مؤدى نص المادة ٣/١١ من قانون المواريث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ أن المشرع الوضعى قرر أخذا بالمذهب الحنفى ان من كان مريضا مرض موت وطلق امرأته بائنا بغير رضاها ومات حال مرضه والزوجه لا تزال فى العدة، فان الطلاق البائن يقع على زوجته ويثبت منه من حين صدوره، لأنه اهل لايقاعه إلا أنها ترثه مع ذلك بشرط أن تكون أهلا لارثه من وقت ابانتها إلى وقت موته رغم أن المطلقة بائنا لا ترث لانقطاع العصمة بمجرد الطلاق، استنادا إلى أنه لما ابانها حالة مرضه اعتبر احتياطيا فار أو هاربا فيرد عليه قصده لها ويثبت لها الارث.

(جلسة ١٩٧٦/١/٧ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٧ ص١٤٦)

(٢) تصرف الورثة فى أعيان التركة قبل سداد الديون فى الفقه الإسلامى (٣) انتقال أموال التركة إلى الورثة فى التقنين المدنى الجديد (٤) تصرف الورثة فى أعيان التركة التى لم تخضع لنظام التصفية فى التقنين المدنى الجديد (٥) تصرف الورثة فى أعيان التركة التى خضعت لنظام التصفية فى التقنين المدنى الجديد.

١٩٠– انتقال أموال التركة إلى الورثة فى الفقه الإسلامى: من المقرر فى الفقه الإسلامى أن ديون الميت تتعلق بما يتركه من أموال، فتصبح التركة هى المسئولة عن سداد هذه الديون. والدين يتعلق بمالية التركة لا بذوات أعيانها، إذ حق الدائن هو أن يستوفى الدين من مالية التركة لا من عين بالذات.

وإذا بحث الفقهاء، فى الفقه الإسلامى، متى تنتقل أعيان التركة إلى الورثة، فليس الغرض من تحديد وقت انتقال الملكية القول بأن الورثة يستطيعون التصرف فى هذه الأعيان من هذا الوقت. فان ملكية الأعيان تنتقل إليهم والديون متعلقة بماليتها كما قدمنا، فيقيد هذا من حق الورثة فى التصرف كما سنرى. ولكن هناك نتائج أخرى تتوقف على تحديد وقت انتقال ملكية التركة إلى الورثة، وهل يكون وقت موت المورث أو تبقى التركة على ملك الميت حتى تسدد الديون. ونذكر من هذه النتائج اثنتين: (١) نماء أعيان التركة بالزيادة المتولدة – متصلة كانت أو منفصلة – كالثمرة والولد والريع والسمن، إذا قلنا ببقاء التركة على ملك الميت يكون ملكاً للميت، فيقضى من هذا النماء ديونه وتنفذ وصاياه. وإذا قلنا بأن الملكية تنتقل إلى الورثة بمجرد موت المورث، فان هذا النماء يكون ملكاً للورثة، فلا تقضى منه ديون الميت ولا تنفذ منه وصاياه. (٢) نفقات أعيان التركة، كنفقة الحفظ والصيانة وكمصروفات الحمل والخزن وكطعام الحيوان، تكون على التركة فيما إذا بقيت ملك الميت. أما إذا انتقلت إلى الورثة بمجرد موت المورث، فان هذه النفقات تكون على الورثة، حتى إذا بيعت أعيان التركة فى ديون الميت لم يكن للورثة الرجوع بما أنفقوا، ويكون عليهم أن يتخلصوا من هذه النفقات بالمبادرة إلى بيع الأعيان لسداد الديون. وكما أن لهم نماء الأعيان يكون عليهم نفقتها، والغرم بالغنم.

وقد اختلفت المذاهب الفقهية فى تحديد وقت انتقال التركة إلى ملك الورثة، فمنها ما ذهب إلى بقاء التركة على ملك الميت، ومنها ما ذهب إلى انتقالها فوراً إلى ملك الورثة، ومنها ما ميز بين حالة وحالة.

فعند المالكية تبقى أموال التركة على ملك الميت بعد موته إلى أن يسدد الدين، مستغرقاً للتركة أو لم يكن مستغرقاً لها.

وعند الشافعية والحنابلة تنتقل أموال التركة إلى ملك الورثة فوراً بموت المورث، مع تعلق الدين بها على النحو الذى قدمناه، سواء كان الدين مستغرقاً للتركة أو غير مستغرق لها. وفى المذهب الحنبلى، إلى جانب هذا القول، قول آخر يذهب إلى بقاء التركة على ملك الميت إلى أن يسدد الدين، وهو قول يتفق مع مذهب مالك.

وعند الحنفية يجب التمييز بين ما إذا كان الدين مستغرقاً للتركة أو كان غير مستغرق لها. فان كان الدين مستغرقاً، تبقى أموال التركة على ملك الميت ولا تنتقل إلى ملك الورثة. بل لا يستطيع الورثة أن يستخلصوا أموال التركة إلا إذا دفعوا كل الديون، ولا يكفى أن يدفعوا قيمة التركة، وهذا على الرأى المشهور فى المذهب الحنفى. وفى قول آخر يكفى لاستخلاص أموال التركة أن يدفع الورثة للدائنين قيمة هذه الأموال لا جميع الديون. وأما إن كان الدين غير مستغرق للتركة، فالرأى الراجح أن أموال التركة تنتقل إلى الورثة بمجرد موت المورث مع تعلق الدين بهذه الأموال. وهناك رأى ثان يذهب إلى أن الأموال لا تنتقل فى هذه الحالة إلى الورثة إلا بعد سداد الدين، وهذا الرأى يتفق مع مذهب الملكية. وهناك رأى ثالث يذهب إلى أنه يبقى على ملك الميت من الأموال ما يكفى لسداد الدين، وتنتقل بقية الأموال إلى الورثة[1].

١٩١ - تصرف الورثة فى أعيان التركة قبل سداد الديون فى الفقه الإسلامى: اختلفت المذاهب الفقهية فى صحة هذا التصرف، ولكن اختلافها لا يتفرع حتما على اختلافها فى الوقت الذى تنتقل فيه التركة إلى ملك الورثة، وإلا لوجب أن يقول من يذهب إلى انتقالها إلى ملك الوارث بمجرد موت المورث بصحة تصرف الوارث قبل سداد الدين، وأن يقول من يذهب إلى بقائها على ملك الميت بعدم صحة هذا التصرف وسنرى بعد عرض المذاهب فى هذه المسألة أن هذا ليس مطرداً.

فعند المالكية، وهم القائلون ببقاء أموال التركة على ملك الميت حتى يسدد الدين، يقتضى منطق هذا القول أن يكون تصرف الوارث فى أعيان التركة قبل سداد الدين باطلا سواء كان الدين مستغرقاً أو غير مستغرق. ولكن هذا هو أحد رأيين فى المذهب، وليس مبنياً على انعدام ملك الورثة بل على حماية حق الدائن فهو مقدم على حق الورثة. والرأى الآخر يذهب إلى أن تصرف الوارث فى التركة المدينة قبل أداء الدين صحيح إذا لم يمس حق الدائن ولم يتضرر هذا به، كأن يأذن فيه قبل أن يباشره الوارث، أو ينزل عن دينه، أو يبقى من التركة بعد التصرف ما يكفى لسداد الدين. لا فرق فى ذلك كله بين أن يكون الدين مستغرقاً للتركة أو غير مستغرق. وإذا لم يستطع الدائنون أخذ حقوقهم إلا من المبيع، فلذلك حالتان. الأولى أن يكون الوارث عالماً بالدين وقت تصرفه أو أن يكون الميت مشهوراً بالدين، وعند ذلك يفسخ البيع إلا إذا دفع المشترى قيمة المبيع يوم قبضه، فإذا دفعها لزم البيع ورجع المشترى على بائعه من الورثة بما غرم من قيمته. والحالة الثانية أن يكون الوارث غير عالم بالدين ولا يكون الميت مشهوراً بأنه مدين، وعند ذلك يسلم المبيع لمشتريه، ويرجع الدائنون على الوارث بقدر الثمن الذى قبضه من المشترى سواء كان فيه وفاء

(١) أنظر عرضاً مفصلا لهذه المذاهب وللأدلة التى يحتج بها كل مذهب فى مقال للأستاذ على الخفيف فى مدى تعلق الحقوق بالتركة فى مجلة القانون والاقتصاد السنة الثانية عشرة ص١٥٨- ص١٧٤.

بالدين أو لم يكن، ولا رجوع لهم على المشترى بشئ إلا إذا حاباه الوارث فى البيع فيرجع الدائنون بقدر المحاباة فقط[1].

والحنابلة كالمالكية عندهم رأيان: أحدهما أن تصرف الوارث فى التركة المدينة قبل أداء المدين بغير إذن الغرماء، باطل، والثانى أنه صحيح نافذ ما دام لم يمس حقوق الدائنين. ولكن الحنابلة يقفون عند وقت انتقال التركة للورثة، فمن قال منهم إنها لا تنتقل إلا بعد سداد الدين ذهب إلى بطلان تصرف الوارث قبل السداد، ومن قال أنها تنتقل فوراً بموت المورث ذهب إلى صحة هذا التصرف[2].

وعند الشافعية، وهم القائلون بانتقال أموال التركة إلى ملك الورثة فوراً بموت المورث، لا يجوز مع ذلك للوارث أن يتصرف فى أموال التركة المدينة، ولو كان الدين غير مستغرق

(١) وقد جاء فى المدونة الكبرى فى هذا الصدد: «قلت أرأيت رجلا هلك وترك مالا وترك ديوناً للناس عليه، وليس فى مال هذا الذى ترك وفاء لحق واحد من الغرماء، فأخذ الوصى المال أو أخذته الورثة فقضوه رجلا واحداً وهم لا يعلمون بالذين لهم الدين، أو كانوا يعلمون فقضوا واحداً من الغرماء دون بقيتهم. قال إذا لم يعلموا ببقية الغرماء ولم يكن الميت موصوفاً بالدين، فلا شئ على الوصى ولا على الورثة. فإن علموا أو كان موصوفاً بالدين، فعليهم ما يصيب هؤلاء إذا تحاصوا، ويرجع الورثة أو الوصى الذى اقتضى المال بما غرموا لهؤلاء الغرماء. وإن كانوا لم يعلموا، فإنما يتبع الغرماء الذين استوفوا المال، ولا يكون على الوصى ولا على الورثة شئ. قلت وهذا قول مالك، قال نعم هو قوله ... قلت أرأيت إن باع الورثة تركة الميت فأكلوها واستهلكوها، ثم قدم قوم فأقاموا البينة على دين لهم على الميت، قال قال مالك إن كان الرجل الميت معروفاً بالدين، فبادر الورثة الغرماء فأخذوا ماله فباعوه واقتسموه وأكلوه، كان للغرماء أن يأخذا مال الميت حيثما وجدوه، ولا يجوز بيع الورثة، واتبع الذين اشتروا الورثة. وإن كان الرجل الميت لا يعرف بالدين، فباعوا على مثل ما يبيع الناس تركة ميتهم، اتبع الغرماء الورثة، ولم يكن لهم على من اشترى منهم سبيل، ولا يأخذون من الذين اشتروا ما فى أيديهم. قال ابن القاسم أخبرنى بهذا عن مالك غير واحد من أصحابنا، وهو رأيى. سحنون عن أين وهب قال مالك فى الرجل يهلك وهو مديان أو غير مديان معروف كلاهما فى حاله، ثم يبيع الورثة أمواله فيقتسمونها: ثم يأتى دين على هذا الميت، فيوجد المال بأيدى الناس الذين اشتروا. قال أما الذى يعرف بالدين ولا يجهل أمره، فإن الغرماء يأخذون ما وجدوا بأيدى الناس الذين اشتروا، ويتبع الذين اشتروا الورثة بأموالهم. وأما الذى لا يعرف بالدين ولا يظن به الدين، فانما يتبع غرماؤه الورثة بثمن ما باعوا كان فيه وفاؤهم أو لم يكن» (المدونة الكبرى جزء ١٣ ص٥٧- ص٥٩).

(٢) وقد جاء فى المغنى فى هذا الصدد: «حكى بعض أصحابنا فيمن مات وعليه دين، هل يمنع الدين نقل التركة إلى الورثة؟ روايتين: إحداهما لا يمنعه، للخبر ولأن تعلق الدين بالمال لا يزيل الملك فى حق الجانى والراهن والمفلس فلم يمنع نقله. فإن تصرف الورثة فى التركة ببيع ونحوه، صح تصرفهم، ولزمهم أداء الدين، فإن تعذر وفاؤه فسخ تصرفهم، كما لو باع السيد عبده الجانى أو النصاب الذى وجبت فيه الزكاة. والرواية الثانية يمنع نقل التركة إليهم لقوله تعالى من بعد وصية يوصى بها أو دين، فجعل التركة للوارث من بعد الدين والوصية، فلا يثبت لهم الملك قبلهما. فعلى هذا لو تصرف الورثة، لم يصح تصرفهم، لأنهم تصرفوا فى غير ملكهم، إلا أن يأذن الغرماء لهم. وإن تصرف الغرماء، لم يصح إلا بإذن الورثة» (المغنى جزء ٤ ص٤٨٧).

للتركة. ذلك أن التركة تنتقل إلى الوارث مثقلة بالدين، فيتعلق الدين بها كما يتعلق بالرهن، والرهن عند الشافعية يمنع من بيع العين المرهونة. وكان مقتضى ذلك أنه يجوز للوارث بيع مال التركة باذن الدائن، ولكنهم مع ذلك لا يجيزون التصرف ولو باذن الدائن، لأن الدين لا يزال معلقاً بنفس الميت، بخلاف الرهن فان إذن المرتهن يسقطه. فالشافعية إذن يذهبون إلى أن تصرف الوارث في التركة المدينة بأى دين، ولو لم يكن مستغرقاً، قبل سداده تصرف باطل. وللدائنين أن يتتبعوا أعيان التركة في يد المشترى، وللمشترى الرجوع على الوارث بما أدى من الثمن. ويستثنى من ذلك تصرف الوارث في التركة لسداد الدين، فهو صحيح إذا كان باذن جميع الدائنين، أو باذن القاضى إذا لم يكن الثمن أقل من القيمة. وهناك رواية أخرى في مذهب الشافعي أنه يصح تصرف الوارث في التركة المدينة، لأن الدين حق تعلق بالمال من غير رضا المالك فلم يمنع التصرف كمال المريض، فان قضى الوارث الدين لزم تصرفه، وإن لم يقضه فسخ التصرف[1].

وعند الحنفية، وهم القائلون بانتقال أموال التركة إلى الورثة بمجرد موت المورث إذا كان الدين غير مستغرق وإلا فبقائها على ملك الميت، لا يجوز مع ذلك للوارث حق التصرف لحسابه الشخصى، وإلا كان التصرف باطلا، سواء كانت التركة مستغرقة بالدين أو غير مستغرقة. ويتبع الدائن العين في يد المشترى لبطلان التصرف، ويرجع المشترى على الوارث بما أدى من الثمن. على أنه يجوز للوارث باعتباره خليفة عن الميت أن يتصرف في أموال التركة المدينة لسداد الدين، ويصح تصرفه في هذه الحالة. وهناك من فقهاء الحنفية من لا يقول ببطلان التصرف، إلا إذا كانت التركة مستغرقة بالدين وكان الوارث يتصرف لحسابه الشخصى. أما إذا لم تكن التركة مستغرقة بالدين، وتصرف الوارث لحسابه الشخصى، كان التصرف صحيحاً نافذاً ما بقى في التركة ما يفى بسداد الدين، أو أجاز الدائن التصرف[2].

---

(١) وقد جاء في المهذب في هذا الصدد: «ومن مات وعليه ديون، تعلقت الديون بماله كما تتعلق بالحجر في حياته... فإن تصرف الورثة في التركة قبل مضى الدين، ففيه وجهان: أحدهما لا يصح، لأنه مال تعلق به دين، فلا يصح التصرف من غير رضا من له الحق كالمرهون. والثاني يصح، لأنه حق تعلق بالمال من غير رضا المالك، فلم يمنع التصرف كمال المريض. وإن قلنا إنه يصح، فإن قضى الوارث الدين نفذ تصرفه، وإن لم يقض فسخنا... وإذا قسم مال المفلس أو مال الميت بين الغرماء، ثم ظهر غريم آخر، رجع على الغرماء وشاركهم فيما أخذوه على قدر دينه، لأنا إنما قسمنا بينهم بحكم الظاهر أنه لا غريم له غيرهم، فإذا بان بخلاف ذلك وجب نقض القسمة، كالحاكم إذا حكم بحكم ثم وجد النص بخلافه» (المهذب جزء أول ص٣٢٧).

(٢) وقد جاء في المبسوط للسرخسي: «الدين إذا كان محيطاً بالتركة يمنع ملك الوارث في التركة، وإن لم يكن محيطا فكذلك في قول أبى حنيفة رحمه الله الأول، وفى قوله الآخر لا يمنع ملك الوارث بحال لأنه يخلف المورث في المال، والمال كان مملوكاً للميت في حال حياته مع اشتغاله بالدين كالمرهون، فكذلك يكون ملكا للوارث. وحجتنا في ذلك قوله تعالى من بعد وصية يوصى بها أو

ويخلص مما قدمناه عن اختلاف المذاهب في هذه المسألة أن الأساس الذى يقوم عليه تقييد حق الوارث في التصرف قبل سداد الدين هو حماية الدائن، وليس هو انعدام الملكية أو وجودها عند الوارث. واختلاف الأقوال يرجع إلى اختلاف الطريقة التى يحمى بها حق الدائن. فمن الأقوال ما يمعن في حماية الدائن إلى حد أن يبطل تصرف الوارث قبل سداد الدين، وهذا قول في كل من المذاهب الأربعة. ومنها ما يجعل تصرف الوارث صحيحاً بشرط ألا يمس حق الدائن، فينفذ التصرف باجازة الدائن أو بنزوله عن دينه أو ببقاء مال في التركة يكفى لسداد الدين، وهذا قول آخر في كل من المذاهب الأربعة كذلك.

١٩٢ – انتقال التركة المدينة إلى الورثة في التقنين المدني الجديد: وقد عنى التقنين المدنى الجديد بتنظيم القاعدة الفقهية التى تقضى بألا تركة إلا بعد سداد الدين، وهى القاعدة التى رأينا المذاهب الفقهية المختلفة قد تضاربت في تحديدها وفى استخلاص نتائجها. فأورد نظاماً مفصلا لتصفية التركات المدينة، بعد أن قرر إجمالا وجوب اتباع الفقه الإسلامى في الميراث، لا في تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم فحسب، بل أيضاً في كيفية انتقال أموال التركة إلى الورثة كما سبق القول.

ونوجز هنا ما انطوت عليه نصوص التقنين المدني الجديد من مبادئ رئيسية في انتقال أموال التركة من المورث إلى الوارث، وفى حقوق الدائنين المتعلقة بالتركة وكيفية سداد الديون. وقد انطوى التقنين المدنى في هذا الصدد على مبادئ رئيسية ثلاثة، استقيت كلها من مبادئ الفقه الإسلامى في مذاهبه المختلفة:

=دين، فقد جعل الله تعالى أداء الميراث بعد قضاء الدين، والحكم لا يسبق أوانه. فيكون حال الدين كحاله في حياة المورث في المعنى، ثم الوارث يخلفه فيما يفضل من حاجته، فأما المشغول بحاجته لا يخلفه وارثه فيه. وإذا كان الدين محيطاً بتركته فالمال مشغول بحاجته، وقيام الأصل يمنع ظهور حكم الخلف. ولا يقال يبقى مملوكاً بغير مالك، تبقى مالكية المديون في ماله حكماً لبقاء حاجته» (المبسوط جزء ٢٩ ص١٣٦– ص١٣٨).

وجاء في الزيلعي: «إن الدين يجب في الذمة.. ولا ينتقل بالموت من الذمة إلى التركة. ألا ترى أن التركة لو هلكت لا يسقط، وأن للوارث أن يستخلص التركة بقضاء الدين من محل آخر. بخلاف الوصية فان حق الموصى له يتعلق بعين التركة حتى لا يبقى بعد هلاك التركة، وليس للوارث أن يستخلص التركة ويطلبه من محل آخر. ولأبى يوسف رحمه الله أن الدين بالموت يتعلق بالتركة لخراب الذمة، ولهذا لا يثبت المالك فيها للوارث ولا ينفذ تصرفه فيها إذا كانت مستغرقة بالدين» (الزيلعى جزء ٦ ص٢١٤). وجاء في حاشية الشلبى على الزيلعى (جزء٦ ص٢١٤): «وإذا كانت التركة مستغرقة بالدين، فأراد الوارث استخلاص التركة ونقد المال، يجبر رب الدين على القبول. لأن عند استغراق التركة بالدين، وإن كان لا ملك لهم، ولكن لهم حق استخلاص التركة. أما لو قالوا نحن نؤدى الدين ولم يكن المال نقداً، كان للقاضى أن يبيع التركة ويقضى حق الغرماء. والأجنبى لو فقد الدين لا يجبر رب الدين على القبول، لأنه ليس له ولاية استخلاص التركة بخلاف الورثة. والدين إذا كان زائداً على التركة، فللورثة ولاية استخلاص التركة بأداء جميع الدين لا بقدر التركة، كالعبد الجانى إذا فداه مولاه فداه بارشه».

أولا- تنتقل أموال التركة إلى الورثة بمجرد موت المورث[1]، مع تعلق حقوق الدائنين بها. فتنتقل هذه الأموال مثقلة بحق عيني هو أقرب إلى أن يكون حق رهن، ولكنه رهن مصدره القانون وليس الاتفاق مع الدائنين، فهو رهن قانوني. ولابد من شهر هذا الحق ليكون نافذاً في حق الغير ممن عسى أن يتصرف له الوارث[١][2].

ثانياً- ولما كانت أموال التركة تنتقل إلى الورثة بمجرد موت المورث، فانه يجوز للورثة منذ هذا الوقت أن يتصرفوا فيها، ولكن تصرفهم يكون خاضعاً لحقوق الدائنين على النحو الذى أسلفناه.

ثالثاً- ويكون سداد الديون، إذا لم تخضع التركة لنظام التصفية، بموجب إجراءات فردية يتولاها كل دائن بنفسه، فيتخذ من الإجراءات التحفظية والإجراءات التنفيذية لاستيفاء حقه من أموال التركة ما يقرره القانون لكل دائن، وذلك إما عن طريق الحجز على هذه الأموال وهي في يد الورثة[3]، وإما عن طريق تتبعها والحجز عليها في يد الغير إذا تم الشهر الذى أسلفنا الإشارة إليه - ويترتب على ذلك أن حالة الدائنين بعد موت المورث، من حيث الالتجاء إلى الإجراءات الفردية، تماثل حالتهم قبل موته. فمن سبق

(١) وقد قضت محكمة دمنهور الكلية بأن التركة، مستغرقة كانت أو غير مستغرقة، تنتقل بمجرد الوفاة مثقلة بحق عيني لدائنى المتوفى، يخول لهم تتبعها واستبقاء ديونهم بالتقدم على سواهم ممن تصرف له الوارث أو من دائنيه. هذا الحق العينى يتوافر له خصيصة التتبع والتقدم لاستيفاء دائنى المورث حقوقهم من التركة بلا تفرقة بين حائز حسن النية وآخر سيئ النية، وانه متعلق بالتركة كلها تعلق دين الرهن بالمرهون (دمنهور الكلية ٢١ مارس سنة ١٩٥٤ المحاماة ٣٦ ص٥٧٥ ص١٥٧٠).

(1) مفاد نص الفقرتين الأولى والثانية للمادة ١٣ من قانون تنظيم الشهر العقارى رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ أن المشرع لم يجعل شهر حق الارث شرطا لانتقال الحقوق العينية العقارية إلى الورثة، حتى لا تبقى هذه الحقوق بغير مالك لحين شهر حق الارث وانما تؤول هذه الحقوق العينية العقارية من المورث إلى الوارث أثر يترتب على واقعة الوفاة واكتفى المشرع فى مقام تحديد الجزاء على عدم شهر حق الارث بمنع شهر أى تصرف يصدر من الوارث فى أى عقار من عقارات التركة دون منع التصرف ذاته.
(جلسة ١٩٦٦/١١/١ مجموعة أحكام النقض السنة ١٧ ص١٥٩٩)

(2) تركة المدين تنشغل بمجرد الوفاة بحق عينى لدائن المتوفى يخول لهم تتبعها واستيفاء ديونهم منها تحت يد أى وارث أو من يكون الوارث قد تصرف إليهم ما دام أن الدين قائم دون أن يكون لهذا الوارث حق الدفع بانقسام الدين على الورثة.
(جلسة ١٩٦٢/٦/٧ مجموعة أحكام النقض السنة ١٣ ص٧٧٤)

(3) شخصية الوارث تعتبر مستقلة عن شخصية المورث وتتعلق ديون المورث بتركته لا بذمة ورثته ولا يقال أن التزامات المورث تنتقل إلى ذمة الوارث لمجرد كونه وارثا، إلا إذا أصبح الوارث مسئولا شخصيا عن التزامات المورث كنتيجة لاستفادته من التركة، وتبعا لذلك لا يعتبر الوارث الذى خلصت له ملكيته أعيان التركة أو جزء منها قبل وفاة مورثه مسئولا عن التزامات هذا الأخير قبل من تعامل معه بشأنها ولم تنتقل إليه ملكيتها بعد ويعتبر هذا الوارث شأنه شأن الغير فى هذا الخصوص.
(جلسة ١٩٧٤/١٠/١٥ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٥ ص١١٣٥)

منهم غيره إلى التنفيذ ظفر بحقه، ومن تأخر فقد يضيع عليه حقه كله أو بعضه. على أنه لا يجوز لأى دائن بعد موت المدين أخذ اختصاص على عقار فى التركة (م١٠٨٥/٢ مدنى). أما إذا خضعت التركة لنظام التصفية، فلا يكون سداد الديون إلا باجراءات جماعية يتولاها المصفى نيابة عن التركة. ومن ثم لا يجوز لأى دائن أن يتخذ إجراءات فردية لاستيفاء حقه، بل يقوم المصفى فى التركة - كما يقوم أمين التفليسة - بجرد أموال التركة وحصر الديون التى عليها وسدادها وتوزيع ما بقي بعد السداد على الموصى لهم والورثة. وإن ضاقت التركة بوفاء الديون، تحاص الدائنون، وأخذ كل منهم حصة بنسبة دينه، ولم يأخذ الموصى لهم والورثة شيئاً.

١٩٣ - تصرف الوارث فى أعيان التركة المدينة التى لم تخضع لنظام التصفية:
ونخصص القول هنا فى حكم تصرف الوارث فى أعيان التركة المدينة قبل سداد الدين إذا كانت هذه التركة لم تخضع لنظام التصفية. وقد قدمنا أن حقوق الدائنين تتعلق بأعيان التركة أشبه ما تكون بحق رهن، وأنه لابد من شهر هذا الحق ليكون نافذاً فى حق من تصرف له الوارث، ويكون الشهر بتأشير الدائن بدينه فى خلال سنة من شهر حق الإرث، ويجرى التأشير أمام اسم المورث فى سجل عام تدون فيه أسماء المورثين بحسب الأوضاع المقررة للفهارس الأبجدية.

فإذا تم التأشير على هذا النحو، استطاع الدائن أن ينفذ بحقه على عقارات التركة ولو كان الورثة قد تصرفوا فيها، فيتتبعها في يد من وقع التصرف لهم. وقد ورد هذا الحكم فى المادة ٩١٤ مدنى، إذ تنص على ما يأتى: «إذا لم تكن التركة قد صفيت وفقاً لأحكام النصوص السابقة: جاز لدائنى التركة العاديين أن ينفذوا بحقوقهم أو بما أوصى به لهم على عقارات التركة التى حصل التصرف فيها أو التى رتبت عليها حقوق عينية لصالح الغير، إذا أشروا بديونهم وفقاً لأحكام القانون[١]». وأحكام القانون هنا تبينها المادة ١٤ من قانون تنظيم الشهر العقارى، وتجرى على الوجه الآتى: «يجب التأشير بالمحررات المثبتة لدين من الديون العادية على المورث فى هامش تسجيل الإشهادات أو الأحكام أو السندات وقوائم الجرد المتعلقة بها ويحتج بهذا التأشير من تاريخ حصوله، ومع ذلك إذا تم التأشير فى خلال سنة من تاريخ التسجيل المشار إليه فللدائن أن يحتج بحقه على كل من تلقى من الوارث حقاً عينياً عقارياً وقام بشهره قبل هذا التأشير[٢]».

(١) أنظر فى عهد التقنين المدنى السابق: استئناف مختلط ٢٤ أبريل سنة ١٩٢٨ م٤٠ ص٣١٧.

(٢) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية لقانون تنظيم الشهر العقارى فى هذا الصدد: «ومؤدى هذا النص أن تأشير الدائن بدينه فى الميعاد المشار إليه يحفظ له حقه مطلقاً قبل الغير، حتى لو كان هذا الحق قد تلقاه صاحبه وشهره قبل هذا التأشير. أما بعد هذا الميعاد، فالعبرة بأسبقية الشهر بين الدائن وبين من تلقى الحق من الوارث. ولا يبدأ ميعاد السنة بالنسبة إلى الدائن إلا من تاريخ شهر الإرث. أما إذا لم يشهر حق الإرث، فللدائن أن ينفذ على أعيان التركة استيفاء لحقه، والمفروض أنها تكون باقية على =

وتطبيقاً لما قدمناه نفرض أن الوارث قد باع عقاراً فى التركة قبل أن يسدد ديونها. فإذا كان الدائن قد أشر بدينه على النحو الذى أسلفناه فى خلال سنة من تاريخ شهر حق الإرث، ولم يستوف حقه من الوارث أو من أى طريق آخر، كان له أن يتتبع العقار تحت يد المشترى، كما كان يتتبعه لو أنه كان دائناً مرتهناً، فيستوفى حقه منه، حتى لو كان البيع مسجلا قبل تأشير الدائن بدينه ما دام التأشير قد تم فى خلال سنة من تاريخ شهر حق الإرث كما سبق القول. ونرى من ذلك أن من يتعامل مع الوارث فيشترى منه عقارات للتركة، يجب عليه أن يتحوط فلا يقدم على الشراء قبل انقضاء سنة من تاريخ شهر حق الإرث(١)، وعند ذلك يستطيع أن يتبين ما إذا كان دائن للتركة أشر بدينه حتى يتعامل مع

=ملك الوارث إذ لا يجوز شهر أى تصرف صادر منه قبل شهر حق الإرث ذاته. وللدائن فى جميع الأحوال، ولو أغفل التأشير بدينه بعد استطاعته ذلك – أى بعد شهر حق الإرث – أن ينفذ على أعيان التركة التى تكون باقية على ملك الوارث. بمعنى أنه إذا باع الوارث بعض عقارات التركة وسجل عقد البيع (بعد تسجيل حق الإرث)، ولم يؤشر الدائن بدينه، كان لهذا الأخير الرجوع على عقارات التركة التى لم يتعلق بها حق الغير. وإذا رهن الوارث بعض عقارات التركة وقيد الرهن، فللدائن الذى لم يؤشر بدينه أن يرجع على هذا العقار المرهون، ولكن يكون للدائن المرتهن أن يحتج قبله بحق الرهن. ومما تقدم يرى أن المادة ١٤ مكملة للمادة ١٣ التى أوجبت شهر الإرث حتى يستطيع الوارث التصرف فى عقارات التركة. وقد أخضعت المادة ١٤ ديون الغرماء لنظام التأشير الهامشى، ولم توجب شهرها استقلالا بطريق التسجيل. فإذا أهمل الوارث شهر حقه، لم يلتزم دائن التركة بشهر دينه، مع بقائه محمياً بقاعدة لا تركة إلا بعد وفاء الديون، فتظل ديون التركة رغم خفائها عالقة بأعيانها كما لو كانت مرهونة بها». وانظر الأستاذ محمد كامل مرسى فى الحقوق العينية الأصلية جزء ٥ فقرة ١٥٩ ص١٩٦– والأستاذ محمد على عرفه فى الاتجاهات الحديثة فى الميراث وتصفية التركة فى مجلة القانون والاقتصاد ١٨ ص٢٢٣.

وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ١٨ من قانون تنظيم الشهر العقارى على أن «لكل ذى شأن أن يطلب إلى قاضى الأمور المستعجلة محو التأشير المشار إليه فى المادة الرابعة عشرة، فيأمر به القاضى إذا كان سند الدين مطعوناً فيه طعناً جدياً». فيجوز إذن أن يطلب المحو الوارث أو دائن آخر للتركة أو دائن شخصى للوارث أو مشتر من الوارث يضره التأشير فيطلب محوه.

والأفضلية المترتبة على أسبقية الشهر لا تكون فيما بين دائنى التركة «فلا يتقدم أحدهم على الآخر لمجرد أنه أشر بحقه قبله. ولكن الدائن الذى أشر فى خلال السنة له أن يتتبع العقار فى يد الغير، ولا يستطيع هذا التتبع الدائن الذى لم يؤشر فى خلال هذه المدة (الأستاذ محمد كامل مرسى فى الحقوق العينية الأصلية جزء ٥ فقرة ١٦٢ – الأستاذ محمد على عرفه المقال المشار إليه فى مجلة القانون والاقتصاد ١٨ ص٢٢٧).

(١) أما قبل شهر حق الإرث، فإن القانون لا يمكن الوارث من التصرف فى عقارات التركة، إذ يمنع شهر أى تصرف يصدر منه قبل أن يشهر حق أرثه. وتقول المادة ١٣ من قانون تنظيم الشهر العقارى فى هذا الصدد: «يجب شهر حق الإرث بتسجيل إشهادات الوراثة الشرعية أو الأحكام النهائية أو غيرها من السندات المثبتة لحق الإرث، مع قوائم جرد التركة إذا اشتملت على حقوق عينية عقارية، وذلك بدون رسم. وإلى أن يتم هذا التسجيل لا يجوز شهر أى تصرف يصدر من الوارث فى حق من هذه الحقوق».

الوارث على هذا الأساس. فاما أن يحتجز من الثمن مقدار الدين ليقوم هو بسداده للدائن، وإما أن يجعل الوارث يفى بالدين، فان لم يفعل لا هذا ولا ذاك عرض نفسه لإجراءات التتبع التى يقوم بها دائن التركة(١).

فإذا لم يقم الدائن بالتأشير بدينه فى خلال سنة من تاريخ شهر حق الإرث، لم يعد حقه نافذاً فى مواجهة المشترى إذا سجل المشترى البيع قبل أن يقوم الدائن بالتأشير بعد انقضاء السنة(1). فإذا أشر الدائن بدينه بعد انقضاء سنتين مثلا، فان كان المشترى قد سجل البيع قبل هذا التأشير لم يستطع الدائن تتبع العقار فى يده، ما لم يكن المشترى سيئ النية متواطئاً مع الوارث بحيث يجوز للدائن أن يطعن فى البيع بالدعوى البوليصية. وإن كان المشترى قد سجل البيع بعد تأشير الدائن، كان للدائن أن يتتبع العقار فى يد المشترى وأن يستوفى منه حقه(٢). وفى جميع الأحوال يجوز للدائن، إذا لم يستطع أو لم يرد تتبع العقار، أن يستوفى حقه من أموال التركة الأخرى التى لا تزال باقية فى يد الوارث، كما

(١) ويبدو أن المشترى من الوارث لا يستطيع تطهير العقار، كما كان يستطيع لو أن العقار كان مرهوناً رهناً رسمياً، فإن التطهير إجراء استثنائى لا يمتد من الرهن الرسمى إلى غيره من الحقوق المماثلة إلا بنص فى القانون. ولذلك جاز التطهير فى حق الاختصاص لوجود هذا النص (م١٠٩٥ مدنى)، ولم يجز فى الرهن الحيازى لانعدامه.

(٢) الأستاذ محمد على امام فقرة ١٧٦ ص٩٥– الأستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ١٩٩ ص٢٩٦– وإذا باع المورث عقاراً ولم يسجل المشترى البيع قبل موت المورث، ثم باع الوارث العقار ذاته، فإن المشترى من المورث يفضل على المشترى من الوارث إذا سجل عقده فى خلال السنة التى تلى شهر حق الإرث أو أشر بدينه باعتباره دائنا للتركة فى خلال هذه المدة، حتى لو سجل المشترى من الوارث عقده قبل ذلك. أما إذا سجل المشترى من المورث البيع أو أشر بالدين بعد انقضاء السنة، فالعبرة فى المفاضلة بينه وبين المشترى من الوارث بالأسبقية فى التسجيل أو التأشير. وسنعود إلى هذه المسألة بتفصيل أوفى فيما يلى (انظر فقرة ٢٧٠).

(1) مفاد نص المادة ١٤ من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ بتنظيم الشهر العقارى مرتبطا بنص المادة ١٣ منه وبما أورده المشرع بالمذكرة الإيضاحية لذات القانون، أنه وان كان اعمال المفاضلة فى مقام الملكية لا يتم إلا على أساس الاسبقية فى الشهر طبقا للمادة التاسعة من القانون المشار إليه، إلا أن المشرع فى سبيل الحد من التزاحم بين المتعاملين مع المورث والمتعاملين مع الوارث منع شهر تصرفات الوارث قبل شهر حقه فى الارث، فإذا كان الارث لم يشهر فان المشترى من الوارث لا يستطيع الاحتجاج بعقده فى مواجهة دائنى التركة ومنهم المشترى من المورث بعقد غير مسجل، أما إذا شهر حق الارث فقد خول المشرع دائن التركة بما فيهم المشترى لعقار من المورث إذا لم يكن قد سجل عقد شرائه – وسيلة يتقدمون بها على المتعاملين مع الوارث وهى المبادرة إلى التأشير بحقوقهم فى هامش حق الارث خلال سنة من حصوله فإذا لم يؤشر الدائن بحقه إلا بعد انتهاء هذا الميعاد ذاته يفقد الحق فى الاحتجاج بالتصرف الصادر إليه من المورث فى مواجهة المشترى من الوارث على أساس من الحماية المقررة له بموجب المادة ١٤ السالفة الذكر.
(جلسة ١٩٦٦/١١/١ مجموعة أحكام النقض السنة ١٧ ص١٥٩٩)

له أن يرجع بالتعويض على الوارث فى ماله الشخصى إذا كان قد باع العقار غشاً وإضراراً بحقوق الدائن ولو لم تتوافر شروط الدعوى البوليصية.

أما إذا كانت العين التى باعها الوارث قبل سداد الدين منقولا، فلا تأثير لتأشير الدائن بدينه فى هذا البيع وينظر فى هذه الحالة إلى المشترى، فان كان سيئ النية، أى يعلم أن المنقول الذى يشتريه هو من أموال تركة لم تسدد ديونها، جاز للدائن أن يتتبع هذا المنقول فى يد المشترى وأن يستوفى حقه منه. أما إذا كان المشترى حسن النية، فقد ملك المنقول بالحيازة، ولا يستطيع الدائن أن يتتبعه فى يده، وليس له إلا الرجوع بحقه على بقية أموال التركة التى لا تزال فى يد الوارث. فان لم يجد شيئاً يستوفى منه حقه، رجع بثمن المنقول على الوارث إذا كان حسن النية، أو رجع عليه بالتعويض إذا كان سيئ النية أى يعلم قبل أن يبيع المنقول أن على التركة ديناً لم يسدد.

١٩٤ - تصرف الوارث فى أعيان التركة المدينة التى خضعت لنظام التصفية: وقد تخضع التركة المدينة لنظام التصفية. ونبادر إلى القول إن كل تركة لا تخضع حتما لهذا النظام، بل إن الكثرة الغالبة من التركات لا تخضع له، لما فيه من إجراءات طويلة ومصروفات كثيرة، مما يجعل النظام غير صالح إلا للتركات الكبيرة الكثيرة الديون. ومن لم جعل طلب إخضاع التركة لنظام التصفية رخصة لأى من ذوى الشأن - الدائن أو الموصى له أو الوارث - على أن يخضع هذا الطلب لتقدير القاضى، فان لم ير موجباً لذلك رفض إخضاع التركة لهذا النظام(١). وهذا كله إذا لم يعين المورث نفسه وصياً لتركته. فان عين وصياً للتركة، وأقر القاضى هذا التعيين، فانه يسرى على وصى التركة ما يسرى على المصفى من أحكام (م٨٧٨ مدنى). وهذا ما تنص عليه المادة ٨٧٦ مدنى فى خصوص جواز اخضاع التركة لنظام التصفية: «إذا لم يعين المورث وصياً لتركته، وطلب أحد ذوى الشأن تعيين مصف لها، عينت المحكمة، إذا رأت موجباً لذلك، من تجمع الورثة على اختياره. فان لم تجمع الورثة على أحد، تولى القاضى اختيار المصفى، على أن يكون بقدر المستطاع من بين الورثة، وذلك بعد سماع أقوال هؤلاء».

وإذا خضعت التركة للتصفية، قام مقام تأشير الدائن بدينه على النحو الذى بيناه فيما تقدم قيد الأمر الصادر بتعيين المصفى. وقد نصت المادة ٨٧٩ مدنى فى هذا الصدد على

(١) ونرى من ذلك أن ما يوجهه الأستاذ محمد أبو زهرة، فى كتابه أحكام التركات والمواريث (ص٦٤-ص٧٤)، من الانتقاد لنظام التصفية، لما يتضمنه من مصروفات كثيرة وإجراءات طويلة، لا محل له. فهو ليس بنظام إجبارى، بل هو نظام اختيارى يجوز لذوى الشأن يطبقوه متى شاءوا. وإنما هو نظام وضع لتصفية التركات الكبيرة إذا أثقلتها الديون وتعقدت شؤونها، فالنظام ملائم كل الملاءمة لمثل هذه التركات. والقاضى وحده هو الذى يقدر ما إذا كان يستجيب لطلب إخضاع التركة لنظام التصفية، وهو لا يستجيب لهذا الطلب إلا إذا وجد من ظروف التركة ما يبرر ذلك (انظر من هذا الرأى الأستاذ محمد كامل مرسى فى الحقوق العينية الأصلية جزء ٥ ص١٥٩ هامش رقم ١).

ما يأتى: «١- على كاتب المحكمة أن يقيد يوما فيوما الأوامر الصادرة بتعيين المصفى وبتثبيت أوصياء التركة فى سجل عام تدون فيه أسماء الورثة بحسب الأوضاع المقررة للفهارس الأبجدية. ويجب أن يؤشر فى هامش السجل بكل أمر يصدر لعزل، وبكل ما يقع من تنازل. ٢- ويكون لقيد الأمر الصادر بتعيين المصفى من الأثر فى حق الغير الذى يتعامل مع الورثة فى شأن عقارات التركة ما للتأشير المنصوص عليه فى المادة ٩١٤». فأى تصرف يصدر من الوارث، إذا قيد الأمر الصادر بتعيين المصفى فى خلال سنة من تاريخ شهر حق الإرث، لا يكون نافذاً فى حق دائنى التركة، ولهؤلاء أن يتتبعوا العقار المبيع فى يد المشترى على النحو الذى بيناه تفصيلا فى حالة تأشير الدائن بدينه فى خلال السنة. أما إذا قيد الأمر المذكور بعد انقضاء سنة من تاريخ شهر حق الإرث، فالعبرة بالأسبقية فى الشهر كما سبق القول. وكذلك للدائنين تتبع منقولات التركة التى يبيعها الورثة قبل سداد الديون، ما لم يكن المشترى حسن النية على التفصيل الذى أوردناه فيما تقدم. بل إن الوارث إذا تصرف غشاً فى شئ من مال التركة الخاضعة لنظام التصفية، عوقب بعقوبة التبديد كما سنرى.

على أن نظام التصفية ذاته يقضى بغل يد الورثة عن التصرف فى أعيان التركة، ويجعل سداد ديون التركة عن طريق إجراءات جماعية كما سبق القول. فيقوم المصفى، كما قدمنا، بجرد أموال التركة، وحصر الديون التى عليها، وسدادها وتوزيع ما بقى بعد السداد على الموصى لهم والورثة. ولا يجوز من وقت قيد الأمر الصادر بتعين المصفى أن يتخذ الدائنون أى إجراء، كما لا يجوز لهم أن يستمروا فى أى إجراء اتخذوه، إلا فى مواجهة المصفى (م١/٨٨٣ مدنى). ولا يجوز للوارث، قبل أن تسلم إليه شهادة التوريث، أن يتصرف فى مال التركة، كما لا يجوز له أن يستوفى ما للتركة من ديون أو أن يجعل دينا عليه قصاصاً بدين للتركة (م٨٨٤ منه). وعلى المصفى أن يكلف دائنى التركة ومدينيها أن يقدموا بياناً بما لهم من حقوق وما عليهم من ديون، وأن يودع قلم الكتاب المحكمة خلال أربعة أشهر من يوم تعيينه قائمة تبين ما للتركة وما عليها وتشتمل على تقدير لقيمة هذه الأموال (م٨٨٦- ٨٨٧ مدنى). ويعاقب بعقوبة التبديد كل من استولى غشاً على شئ من مال التركة، ولو كان وارثا (م٨٨٩ مدنى). ثم تصفى المنازعات فى صحة الجرد، ولو عن طريق دعاوى أمام المحاكم المختصة، ويقوم المصفى بعد ذلك بوفاء ديون التركة. ولكن عليه فى حالة إعسار التركة أو احتمال إعسارها، أن يقف تسوية أى دين حتى يفصل نهائياً فى جميع المنازعات المتعلقة بديون التركة (م٨٩٢ مدنى). ويجوز للمحكمة بناء على طلب جميع الورثة أن تحكم بحلول الدين المؤجل الذى على التركة بشروط معينة، فإذا لم يقض بحلول الأجل تتولى المحكمة توزيع الديون المؤجلة وتوزيع أموال التركة بحيث يختص كل وارث من جملة ديون التركة ومن جملة أموالها بما يكون فى نتيجته معادلا لصافى حصته فى الإرث. وترتب المحكمة لكل دائن من دائنى التركة تأميناً كافياً على عقار أو منقول، على أن تحتفظ لمن كان له تأمين خاص بنفس

هذا التأمين. فان استحال تحقيق ذلك، ولو باضافة ضمان تكميلي يقدمه الورثة من مالهم الخاص أو بالاتفاق على أى تسوية أخرى، رتبت المحكمة التأمين على أموال التركة جميعها (م١/٨٩٥، ٢ مدنى). وبعد تسوية الديون على هذا النحو، إذا ظهر دائن للتركة لم يستوف حقه لعدم ذكره فى قائمة الجرد ولم تكن له تأمينات على أموال التركة، لم يجز لهذا الدائن أن يرجع على من كسب بحسن نية حقاً عينياً على أموال التركة، وإنما له الرجوع على الورثة بسبب إثرائهم (م٨٩٧ مدنى).

وبعد أن يقوم المصفى بتنفيذ التزامات التركة من تجهيز الميت وسداد الديون والتكاليف الوصايا وغير ذلك[١]، يخلص ما بقى من المال للورثة كل بحسب نصيبه الشرعي، ويسلم المصفى لهم ما آل إليهم من هذه الأموال (م٨٩٩- ٩٠٠ مدنى). وتسلم المحكمة إلى كل وارث يقدم إعلاماً شرعياً أو ما يقوم مقام هذا الإعلام شهادة تقرر حقه فى الإرث، وتبين مقدار نصيبه منه، وتعين ما آل إليه من أموال التركة (م٩٠١ مدنى). وهذه الشهادة هى التى يسجلها، فيشهر بذلك انتقال المال الموروث إليه. وهى تبيح له من وقت تسلمها التصرف فى هذه الأموال، كما سبق القول. على أنه يجوز للورثة، بمجرد انقضاء الميعاد المقرر للمنازعات المتعلقة بالجرد، المطالبة بأن يتسلموا بصفة مؤقتة الأشياء أو النقود التى يحتاج لها فى تصفية التركة، أو أن يتسلموا بعضاً منها، وذلك مقابل كفالة أو بدون تقديمها (م٩٠٠ مدنى). وغنى عن البيان أن الوارث الذى يتسلم شيئاً من ذلك يكون له حق التصرف فيه، ولو قبل أن يتسلم شهادة التوريث.

٥- بيع المحجوز عليه والمعسر

١٩٥- بيع المحجوز عليه: يبدأ التنفيذ على عقار المدين باعلان التنبيه بنزع ملكية العقار إلى المدين (م٤٠١ مرافعات). ويترتب على تسجيل التنبيه اعتبار العقار محجوزاً (م٤٠٤ مرافعات).

فإذا ما تم التسجيل التنبيه على النحو المتقدم فاعتبر العقار محجوزاً، لم يعد يجوز لمالك العقار المحجوز، سواء كان هو المدين أو الحائز للعقار، أن يبيعه. وبيع المالك العقار لا يكون نافذاً فى حق الدائن الحاجز ولا فى حق الراسى عليه المزاد، إلا إذا كان البيع قد حصل تسجيله قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية. فان سجل التنبيه قبل تسجيل البيع، كان البيع غير نافذ فى حق هؤلاء. وقد كان تقنين المرافعات الوطنى الاسبق لا ينص صراحة

(١) ويدخل، لتنفيذ الديون والوصايا، فى مال التركة نماؤها. ويتفق هذا مع رأى الكثيرين من الحنابلة فهم يجعلون التركة ملكاً للورثة بمجرد موت المورث ويجعلون الديون مع ذلك متعلقة بنمائها لتعلقها بأصل النماء (الأستاذ على الخفيف فى المقال المشار إليه ص٢٢٠- الأستاذ محمد أبو زهرة فى أحكام التركات والمواريث ص٢٧).

على هذا الحكم، وإن نص عليه تقنين المرافعات المختلط[١]. فأختلف الرأى فى تحديد الوقت الذى يمنع فيه المحجوز عليه من بيع عقاره أهو وقت تسجيل التنبيه أم هو وقت البيع بالمزاد[٢]. ولكن تقنين المرافعات حسم هذا الخلاف، ونص صراحة على منع المحجوز عليه من بيع العقار المحجوز من وقت تسجيل التنبيه، إذ نصت المادة ٤٠٥ مرافعات على أنه «لا ينفذ تصرف المدين أو الحائز أو الكفيل العينى فى العقار ولا ينفذ كذلك ما يترتب عليه من رهن أو اختصاص أو امتياز فى حق الحاجزين ولو كانوا دائنين عاديين ولا فى حق الدائنين المشار إليهم فى المادة ٤١٧ ولا من حكم بايقاع البيع عليه إذا كان التصرف أو الرهن أو الاختصاص أو الامتياز قد حصل شهره بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية».

وأجازت المادة ٣٠٢ من قانون المرافعات فى أية حالة كانت عليها الاجراءات قبل ايقاع البيع ايداع مبلغ من النقود مساوى للديون المحجوز من أجلها والفوائد والمصاريف يخصص للوفاء بها دون غيرها. ويترتب على هذا الايداع زوال الحجز عن الأموال المحجوزة وانتقاله إلى المبلغ المودع. وإذا وقعت بعد ذلك حجوز جديدة على المبلغ المودع فلا يكون لها أثر فى حق من خصص لهم المبلغ.

ويخلص من النص المتقدم أن بيع العقار المحجوز إذا لم يسجل قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية – فلا يكفى إذن أن يكون البيع ثابت التاريخ قبل تسجيل التنبيه – لا يكون نافذاً فى حق الدائنين الحاجزين والدائنين المقيدة حقوقهم قبل تسجيل التنبيه والراسى عليه المزاد[٣]. فيستطيع هؤلاء أن يواصلوا إجراءات التنفيذ دون التفات لهذا البيع، إذ هو غير سار فى حقهم، وللراسى عليه المزاد أن يخلص بالعقار دون أن يحتج عليه بالبيع[٤]. فإذا استوفى الدائنون حقوقهم من الثمن الذى رسا به المزاد، وبقى فضل، فهذا الفضل للمشترى، لأن البيع لا يزال قائماً بينه وبين البائع. وللمشترى بعد ذلك أن يرجع على البائع بضمان الاستحقاق، كما أن له أن يفسخ البيع، وذلك كله وفقاً للقواعد العامة. ونرى من ذلك أن عدم نفاذ التصرف فى حق الدائنين هنا هو تطبيق مبسط للدعوى البوليصية، فقد فرض القانون أن المشترى الذى سجل البيع بعد تسجيل التنبيه يعلم بالحجز

(١) فكانت المادة ٦٠٨ من تقنين المرافعات المختلط تنص على أنه «لا يجوز للمدين من يوم تسجيل التنبيه أن يتصرف فى العقارات المذكورة فى التنبيه، وإلا كان التصرف باطلا من تلقاء نفسه وبلا حاجة إلى حكم بذلك».

(٢) وكانت محكمة النقض تقضى بأن المدين يبقى على حقه فى التصرف فى العقار حتى يباع عليه بالمزاد (نقض جنائى ١٩ مارس سنة ١٩٣٤ ملحق مجلة القانون والاقتصاد ٤ ص١١٥- نقض مدنى ١٩ ديسمبر سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر١ رقم ٣٠٩ ص٩٨٨).

(٣) ولكنه لا يكون باطلا أو قابلا للإبطال، بل يكون بيعاً صحيحاً نافذاً فيما بين البائع والمشترى.

(٤) الأستاذ رمزى سيف فى قواعد تنفيذ الأحكام والعقود الرسمية فى قانون المرافعات الجديد سنة ١٩٥٠ فقرة ٣٤١ وما بعدها- الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٨٧- فقرة ٢٨٨.

وأنه متواطئ مع مالك العقار، ومن ثم يكون البيع غير نافذ فى حق الدائنين كما لا ينفذ تصرف المدين الذى وقع إضراراً بحقوق الدائنين فى الدعوى البوليصية.

ويترتب على ما قدمناه أن بيع العقار المحجوز، إذا سجل بعد تسجيل التنبيه، ينفذ مع ذلك فى حق الدائنين[١] فى الأحوال الآتية: (١) إذا قام المشترى قبل اليوم المحدد للبيع فى المزاد بايداع مبلغ يكفى للوفاء بأصل الدين والفوائد والمصروفات التى للدائنين الحاجزين والدائنين المقيدة حقوقهم على العقار، وسواء حلت ديونهم أو لم تحل، مع إعلانهم جميعاً بالإيداع. وهذا ما تنص عليه صراحة المادة ٣٠٢ مرافعات. (٢) إذا نزل الدائنون الحاجزون والدائنون المقيدة حقوقهم عن الإجراءات التى اتخذت، بأن وجدوا مثلا أن المشترى قد اشترى العقار بثمن لا يؤملون أن يحصلوا على أكثر منه لو بيع العقار فى المزاد. وفى هذه الحالة يستوفون حقوقهم من هذا الثمن بالاتفاق مع المشترى والبائع[٢].

١٩٦- بيع المعسر: من أهم مزايا شهر إعسار المدين عدم نفاذ تصرفات المدين فى ماله[٣]. فالبيع الذى يصدر من المدين المعسر بعد تاريخ تسجيل صحيفة دعوى الإعسار لا يسرى فى حق الدائنين، وذلك دون حاجة إلى إثبات إعسار المدين فهو ثابت بحكم شهر الإعسار، ودون حاجة إلى إثبات سوء نية المدين أو سوء نية المشترى. وقد نصت المادة ٢٥٧ مدنى صراحة على هذا الحكم، إذ تقول: «متى سجلت صحيفة دعوى الإعسار، فلا يسرى فى حق الدائنين أى تصرف للمدين يكون من شأنه أن ينقص من حقوقه أو يزيد فى التزاماته، كما لا يسرى فى حقهم أى وفاء يقوم به المدين». ويلاحظ أن النص هنا لم يشترط، ليكون البيع نافذاً فى حق الدائنين، أن يكون مسجلا قبل تسجيل صحيفة دعوى الإعسار، فيكفى أن يكون البيع ثابت التاريخ قبل تسجيل صحيفة الدعوى لينفذ فى حق الدائنين، ولو سجل بعد تسجيل هذه الصحيفة. وهذا بخلاف ما رأيناه فى البيع الصادر من المحجوز عليه، فانه يجب أن يكون مسجلاً قبل تسجيل التنبيه ليكون نافذاً فى حق الدائنين.

والبيع الصادر بعد تسجيل صحيفة دعوى الإعسار لا يكون باطلا أو قابلا للإبطال، بل هو بيع صحيح نافذ فيما بين البائع والمشترى. ولكنه لا ينفذ فى حق الدائنين، شأنه شأن البيع الصادر من المحجوز عليه فيما قدمنا. فللدائنين أن ينفذوا على العين المبيعة،

(١) ويبقى بطبيعة الحال قائماً فيما بين المشترى والبائع، دون أن يرجع المشترى على البائع بضمان الاستحقاق أو بدعوى الفسخ.

(٢) ولا يجوز للمشترى أن يجبر الدائنين على قبول الثمن الذى اشترى به العقار، ولو كان ثمن المثل أو أكمله إلى ثمن المثل – فهذا الإجبار لا يكون إلا بنص كنص المادة ٢٥٨ مدنى بالنسبة إلى المشترى من المدين المعسر كما سنرى – لجواز أن يحصل الدائنون على ثمن أكبر من ثمن المثل إذا بيع العقار فى المزاد.

(٣) الوسيط جزء٢ فقرة ٧٠٨.

فيرجع المشترى على المدين بضمان الاستحقاق أو بدعوى الفسخ، وإن كان هذا الرجوع لا يجدى إذ المفروض أن المدين معسر. وإذا ترك الدائنون العين دون أن ينفذوا عليها، بقيت فى ملك المشترى، لأن البيع لا يزال قائماً كما قدمنا. وإذا انتهت حالة الإعسار بسبب من أسباب انتهائه، بقى التصرف غير نافذ فى حق الدائنين، ولكنه يبقى أيضاً قائماً ما بين المدين والمشترى.

على أن البيع ينفذ فى حق الدائنين إذا كان بثمن المثل أو أكمل إلى ثمن المثل، وأودع الثمن كله بما فى ذلك تكملة الثمن فى خزانة المحكمة على ذمة الدائنين. وقد نصت المادة ٢٥٨ مدنى على هذا الحكم، إذ تقول «١- يجوز للمدين أن يتصرف فى ماله، ولو بغير رضاء الدائنين، على أن يكون ذلك بثمن المثل، وأن يقوم المشترى بايداع الثمن خزانة المحكمة حتى يوزع وفقاً لإجراءات التوزيع. ٢- فإذا كان الثمن الذى بيع به المال أقل من ثمن المثل، كان التصرف غير سار فى حق الدائنين، إلا إذا أودع المشترى فوق الثمن الذى اشترى به ما نقص من ثمن المثل»[١].

٦- بيع الأراضى الزراعية فى قانون الاصلاح الزراعى

١٩٧- المسائل التى يثيرها قانون الاصلاح الزراعى بالنسبة إلى بيع الاراضى الزراعية: لا نعرض هنا إلى قانون الإصلاح الزراعى[٢] إلا فى بعض المسائل الهامة التى يثيرها هذا القانون بالنسبة إلى بيع الأراضى الزراعية، لا سيما ما كان من هذه الأحكام ذا أثر دائم. فنترك الأحكام الخاصة باستيلاء الحكومة فى خلال الخمس السنوات التالية لتاريخ العمل بهذا القانون على ملكية ما يجاوز مائتى الفدان التى يستبقها المالك لنفسه وما يتجمع حولها من مسائل متعددة، ونترك الأحكام الخاصة بالتعويض الذى تدفعه الحكومة لملاك الأراضى الزراعية فى مقابل الاستيلاء على أراضيهم، والأحكام الخاصة بتوزيع الأراضى المستولى عليها على صغار الفلاحين وتقدير أثمانها وكيفية دفع الثمن، والأحكام الخاصة بجمعيات التعاون الزراعى، فكل هذه تخرج عن نطاق البحث فى عقد البيع فوق أنها أحكام تتسم كثيراً أو قليلا بالوقتية[٣].

ونقتصر هنا على بحث المسألتين الآتيتين، وهما ذاتا صفة دائمة وتدخلان فى نطاق

(١) ونظير هذا ما نصت عليه المادة ٢٤١ مدنى فى الدعوى البوليصية من أنه «إذا كان من تلقى حقاً من المدين المعسر لم يدفع ثمنه، فإنه يتخلص من الدعوى متى كان هذا الثمن هو ثمن المثل، وقام بإيداعه خزانة المحكمة».

(٢) المرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ الصادر فى ٩ سبتمبر سنة ١٩٥٢.

(٣) انظر فى ذلك أحكام الإصلاح الزراعى للأستاذ عثمان حسين عبد الله. وشرح قانون الإصلاح الزراعى للأستاذ محمد على عرفة والبيع. للأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٩٠- فقرة ٣٠٤.

عقد البيع: (١) القاعدة الأساسية التى وضعها قانون الإصلاح الزراعى من عدم جواز امتلاك الشخص لأكثر من مائتين فدان، وبطلان كل عقد يخالف هذا الحكم. (٢) الحد من تجزئة الأراضى الزراعية[1].

١٩٨ - عدم جواز تملك أكثر من مائتى فدان: تنص المادة الأولى من قانون الإصلاح الزراعى على أنه «لا يجوز لأى شخص أن يمتلك من الأراضى الزراعية أكثر من مائتى فدان وكل عقد يترتب عليه مخالفة هذا الحكم يعتبر باطلا ولا يجوز تسجيله[2]. وتنص المادة ١٧ من هذا القانون على أنه «يعاقب بالحبس كل من قام بعمل يكون من شأنه تعطيل أحكام المادة الأولى، فضلا عن مصادرة ثمن الأراضى الواجب الاستيلاء عليها. ويعاقب أيضاً بالحبس كل من يتعمد من مالكى الأراضى التى يتناولها حكم القانون أن يحط من معدنها أو يضعف تربتها أو يفسد ملحقاتها، بقصد تفويت تمام الانتفاع بها وقت الاستيلاء عليها...»[3].

(١) أما تحديد علاقة مستأجر الأرض الزراعية بمالكها وحقوق العامل الزراعى، فهذه أحكام دائمة هى أيضاً، ولكنها لا تدخل فى نطاق عقد البيع، ومكان بحثها هو عقد الإيجار وعقد العمل.

(٢) وتنص المادة الثانية على ما يأتى: «استثناء من حكم المادة السابقة: (أ) يجوز للشركات والجمعيات أن تمتلك أكثر من مائتى فدان في الأراضى التى تستصلحها لبيعها، وذلك على الوجه المبين فى القوانين واللوائح. (ب) ويجوز للأفراد أن يمتلكوا أكثر من مائتى فدان من الأراضى البور والأراضى الصحراوية لاستصلاحها. ولا يسرى على هذه الأراضى حكم المادة الأولى إلا بعد انقضاء خمس وعشرين سنة من وقت التملك، هذا مع عدم الإخلال بجواز التصرف فيها قبل انقضاء هذه المدة. (جـ) ويجوز للشركات الصناعية الموجودة قبل صدور هذا القانون أن تمتلك مقداراً من الأراضى الزراعية يكون ضرورياً للاستغلال الصناعي ولو زاد على مائتى فدان. (د) ويجوز للجمعيات الزراعية العلمية الموجودة قبل صدور هذا القانون أن تمتلك مقداراً من الأراضى الزراعية يكون ضرورياً لتحقيق أغراضها ولو زاد على مائتى فدان. (هـ) ويجوز للجمعيات الخيرية الموجودة قبل صدور هذا القانون أن تمتلك من الأراضى الزراعية ما يزيد على مائتى فدان على ألا تتجاوز ما كانت تمتلكه قبل صدوره. ويجوز لها التصرف فى القدر الزائد على مائتى فدان وفقاً لأحكام المادة ٤ ، ويكون للحكومة الاستيلاء على المساحة الزائدة لدى الجمعية خلال عشر سنوات على أن يؤدى إليها التعويض نقداً على أساس حكم المادة ٥ . (و) ويجوز أيضاً للدائن أن يمتلك أكثر من مائتى فدان إن كان سبب الزيادة هو نزع ملكية مدينه ورسو المزاد على الدائن طبقاً للمادة ٦٦٤ من قانون المرافعات، ويجوز للحكومة بعد مضى سنة من تاريخ رسو المزاد أن تستولى على الأطيان الزائدة على مائتى فدان بالثمن الذى رسا به المزاد أو نظير التعويض المحدد فى المادة ٥ أيهما أقل. وإلى أن تستولى الحكومة على الزيادة يجوز للدائن أن يتصرف فيها دون تقيد بشروط المادة ٤ . وكذلك يستثنى الوقف».

(٣) ومن أهم أمثلة التعطيل أن يخفى المالك ما يمتلكه من أطيان تزيد على القدر المسموح بامتلاكه: كأن يقدم إقراراً غير صحيح بما يملك، أو كأن يصطنع عقوداً صورية يسعى من ورائها إلى التهرب من أحكام القانون. ومتى تكشفت الحقيقة استولت الحكومة على ما كان يجب الاستيلاء عليه من الأراضى الزراعية مع مصادرة ثمن هذه الأطيان فلا يدفع شئ للمالك، ويعاقب هذا فضلا عن ذلك بالحبس. وقد يعمد بعض الملاك إلى إفساد الأراضى التى تستولى عليها الحكومة، فيخربها بالحط =

ويخلص من هذه النصوص أنه لا يجوز لشخص أن يمتلك من أراضى مصر الزراعية أكثر من مائتى فدان أياً كانت درجة جودتها، فالعبرة بعدد الأطيان لا بتربتها. فإذا كان شخص يملك - يوم نفاذ القانون وهو يوم ٩ سبتمبر سنة ١٩٥٢ بل وقبل ذلك إلى يوم ٢٣ يولية سنة ١٩٥٢ إذ أنه لا يعتد بتصرفات المالك التى لم يثبت تاريخها قبل يوم ٢٣ يولية سنة ١٩٥٢ (م٣) - أكثر من مائتى فدان، استولت الحكومة على ملكية ما يجاوز مائتى الفدان التى يستبقيها المالك لنفسه (م٣). وبعد ذلك لا يجوز للشخص، وقد أصبح لا يملك أكثر من مائتى فدان، أن يكسب بأى سبب من أسباب كسب الملكية أى أرض زراعية فوق مائتى الفدان إذا كان يملك هذا المقدار، أو أى أرض زراعية تجعل ما يملكه أكثر من مائتى فدان إذا كان يملك أقل من هذا المقدار.

وهو يكسب من الأراضى الزراعية ما يزيد على النصاب إما بسبب إرادى من جهته وذلك بالعقد أو بالشفعة، وإما بسبب غير إرادى من جهته أو بواقعة مادية وذلك بالميراث والوصية والتقادم.

١٩٩ - التملك بالميراث والوصية والتقادم: فإذا كان الشخص يملك مائتى فدان أو أقل، ثم كسب ملكية أرض زراعية بعد ذلك بطريق الميراث أو الوصية أو التقادم، فأصبح مجموع ما يملكه أكثر من مائتى فدان، صح التملك، لأنه تم إما بتصرف قانونى لا يتعلق بإرادة المالك وهذه هى الوصية، وإما بواقعة مادية لا بتصرف قانونى وهذا هو الميراث أو التقادم. ولكن تستولى الحكومة، بعد أن أصبح الشخص يمتلك أكثر من مائتى فدان، على ما يزيد على هذا المقدار بالطرق والإجراءات التى نص عليها قانون الإصلاح الزراعى. وقد نصت المادة الثانية من اللائحة التنفيذية لهذا القانون على أن «كل شخص أصبحت مساحة الأطيان التى يملكها أو يضع اليد عليها تزيد على مائتى فدان بأى سبب، كالميراث أو الوصية أو القسمة أو غير ذلك، يلزم بتقديم الإقرار سالف الذكر (وهو إقرار يمهد للاستيلاء على ما يجاوز مائتى الفدان) خلال شهرين من علمه بقيام سبب الملكية»[1].

٢٠٠ - التملك بالعقد: أما إذا تملك الشخص بالعقد - والغالب أن يكون عقد بيع

=من معدنها أو باضعاف تربتها أو باتلاف ملحقاتها من عزب ومبان وزرايب ونحو ذلك حتى يفوت على من يملكها من بعده كمال الانتفاع بها، فهذا أيضاً يعاقب بالحبس.

(١) وقد يقال إن الوصية لا تنفذ فى حق الورثة فيما يجاوز مائتى الفدان، قياساً على عدم نفاذها فيما يجاوز ثلث التركة. ولكن هذا الحل يخالف النص الصريح الوارد فى المادة ٢ من اللائحة التنفيذية كما رأينا، فوق أنه ينقص الوصية المستحقة للموصى له دون سبب تقرره الشريعة الإسلامية. فيجب إذن أن يؤول إلى الموصى له جميع المقدار الموصى به ما دام لا يجاوز ثلث التركة، وبعد ذلك تستولى الحكومة فى مقابل تعويض يستحقه الموصى له على ما يزيد على مائتى الفدان. وبذلك يتحول الزائد من الوصية لمصلحة الموصى له كما هو الواجب، لا لمصلحة الورثة.

ولكن قد يكون عقداً آخر كالمقايضة(١) والهبة– ما يجعل الأراضى الزراعية التى يمتلكها أكثر من مائتى فدان، فالعقد باطل بطلانا مطلقاً ولا يجوز لمصلحة الشهر أن تسجله، كما هو صريح نص المادة الأولى من قانون الإصلاح الزراعى إذ تقول: «وكل عقد يترتب عليه مخالفة هذا الحكم يعتبر باطلا، ولا يجوز تسجيله».

ولا عبرة فى بطلان العقد بحسن نية البائع أو المشترى أو بسوء نيته، فقد يكون أحدهما أو كلاهما حسن النية ويكون العقد مع ذلك باطلا. على أن حسن نية المشترى هنا لا يمكن إلا أن يكون مقترنا بالإهمال، فالمشترى مفروض فيه أنه يعرف مقدار ما يملك فإذا جهل ذلك كان هذا تقصيراً منه.

ويستوى فى بطلان العقد أن يكون الشخص مالكا قبل العقد مائتى فدان فيكون ما ملكه بالعقد مقداراً زائداً على النصاب الجائز تملكه، كما لو اشترى عشرين فدانا وكان يملك قبل ذلك مائتى فدان، أو أن يكون الشخص مالكا قبل العقد أقل من مائتى فدان ولكنه كسب بالعقد ما جعل مجموع ما يملكه أكثر من مائتى فدان، كما لو اشترى أربعين فداناً وكان يملك قبل ذلك مائة وثمانين. وفى الحالة الثانية يكون البيع باطلا فى الأربعين فدانا كلها، لا فيما يجاوز مائتى فدان فحسب وذلك لأن النص على البطلان عام لا يميز بين حالة وحالة، فهو يقول: «كل عقد يترتب عليه مخالفة هذا الحكم يعتبر باطلا»، ولأن الصفقة لا تتجزأ فلا يمكن جعلها صحيحة فى عشرين فدانا فى الشيوع وباطلة فى العشرين الأخرى وقد يتضرر من تجزئتها البائع أو المشترى.

والعقد الذى يعتبر باطلا هو العقد الذى يصدر فى تاريخ غير سابق على ٩ من شهر سبتمبر سنة ١٩٥٢ تاريخ نفاذ قانون الإصلاح الزراعى، أو العقد غير الثابت التاريخ. أما العقود الثابتة التاريخ السابقة على ٩ من شهر سبتمبر سنة ١٩٥٢ فانها تكون صحيحة ويجوز تسجيلها، إذ ليس لقانون الاصلاح الزراعى فى هذه المسألة أثر رجعى(٢). فان كان من شأنها أن تجعل المالك يجاوز حد النصاب الجائز تملكه، استولت الحكومة على ما يجاوز هذا الحد.

٢٠١– التملك بالشفعة: ويبدو أن الشفعة تقاس على البيع فلا يجوز لشخص أن يأخذ بالشفعة أرضاً زراعية من شأنها أن تجعل مجموع ما يملكه من الأراضى الزراعية أكثر من مائتى فدان وهو لا يستطيع أن يجزئ الصفقة بحيث يقتصر على الأخذ بالشفعة فيما لا يجعله يجاوز مائتى الفدان(1)، لأن تجزئة الصفقة غير جائزة فى الشفعة. والشفعة

(١) فيقايض بدار مثلا على أرض زراعية، أو يقايض بقطعة أرض زراعية على قطعة أرض زراعية أكبر منها.

(٢) الأستاذ عثمان حسين عبد الله فى أحكام الإصلاح الزراعى ص١١.

(1) حكم الشفعة وان كانت سببا مستقلا لكسب الملكية إلا أنه يأخذ حكم العقد، إذ بحكم الشفعة تنصرف آثار عقد البيع إلى الشفيع، لأن الملكية فى حالة الحكم بالشفعة تكون قد اكتسب بعمل==

تنطوى على واقعة مادية وتصرف قانونى، وهذا التصرف القانونى – وهو إرادة الأخذ بالشفعة – سبب يتعلق بإرادة المالك، فشأنه شأن البيع فى عدم جواز التملك به لما يجاوز النصاب(١).

٢٠٢– الحد من تجزئة الأراضى الزراعية: تنص المادة ٢٣ من قانون الرصلاح الزراعى على أنه «إذا وقع ما يؤدى إلى تجزئة الأراضى الزراعية إلى أقل من خمسة أفدنه، سواء كان ذلك نتيجة للبيع أو المقايضة أو الميراث أو الوصية أو الهبة أو غير ذلك من طرق كسب الملكية، وجب على ذوى الشأن أن يتفقوا على من تؤول إليه ملكية الأرض منهم. فإذا تعذر الاتفاق، رفع الأمر إلى المحكمة الجزئية الواقع فى دائرتها أكثر العقارات قيمة، بناء على طلب أحد ذوى الشأن أو النيابة العامة، للفصل فيمن تؤول إليه الأرض. فإذا لم يوجد من يستطيع الوفاء بباقى الأنصبة، قررت المحكمة بيع الأرض بطريق المزاد. وتفصل المحكمة فى الطلب بغير رسوم». وتنص المادة ٢٤ على أن «تفضل المحكمة الجزئية، فى أيلولة الأرض غير القابلة للتجزئة، من يحترف الزراعة من ذوى الشأن، فان تساووا فى هذه الصفة اقترع بينهم. على أنه إذا كان سبب كسب الملكية الميراث، فضل من يشتغل بالزراعة من الورثة، فان تساووا فى هذه الصفة قدم الزوج فالولد، فإذا تعدد الأولاد اقترع بينهم»(٢).

والمفروض أن شخصاً يملك خمسة أفدنة أو أقل أو أكثر، وباع جزءاً منها أو قايض عليه أو وهبه بحيث أصبح لا يملك إلا أقل من خمسة أفدنة، وأصبح المشترى أو المقايض الآخر أو الموهوب له لا يملك هو أيضاً إلا أقل من خمسة أفدنة، أو ورث المالك لسبعة أفدنة مثلا عدد من الورثة بحيث أصبح نصيب كل منهم أقل من خمسة أفدنة، أو أوصى المالك لسبعة أفدنة مثلا بفدانين لشخص وترك الباقى لعدد من الورثة بحيث أصبح كل من

== إرادى من جانب الشفيع وهو ما هدف المشرع فى قانون الاصلاح الزراعى إلى تحريمه إذا كان الشفيع يملك قبل الحكم بالشفعة أكثر من مائتى فدان.

(جلسة ١٩٥٧/١١/١٤ مجموعة أحكام النقض السنة ٨ ص٧٩٨)

(١) أما الصلح فله شأن آخر، فهو كاشف عن الملكية لا منشئ لها. فإذا صالح شخص آخر، وكان من نتيجة هذا الصلح مثلا أن أعطى للطرف الآخر داراً وأخذ منه خمسين فدانا فزاد بذلك مجموع ما يملكه على مائتى فدان، فان أثر الصلح الكاشف يجعله مالكاً للخمسين الفدان منذ البداية ثم تستولى الحكومة بعد ذلك على ما يجاوز النصاب.

(٢) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية ما يأتى: «إذا كانت الملكيات الكبيرة جداً غير مرغوب فيها، فكذلك الملكيات الصغيرة جداً: فهى تهبط بإنتاج الأرض، وتحرم أصحابها من مستوى المعيشة اللائق بالإنسان. ولذلك عالجت المادتان ٢٣ و٢٤ (الباب الثالث) مسألة تفتيت الملكية درءاً لازدياد حصوله فى المستقبل بسبب تزايد عدد السكان وتقسيم الأرض بالإرث وغيره من أسباب كسب الملكية. ولما كان قد رؤى أن أصغر ملكية لا ينبغى أن تقل فى المستقبل عن خمسة أفدنة، فقد نص على أنه إذا وقع ما يؤدى إلى تجزئة الملكية إلى أقل من هذا القدر، وجبت أيلولة الأرض إلى واحد ممن لهم نصيب فيها، مع تفضيل من يشتغل منهم بالزراعة، فإذا لم يستطع أيهم الوفاء بثمنها بيعت بالمزاد العلنى».

الموصى له والورثة لا يملك إلا أقل من خمسة أفدنة، ففى كل هذه الصور تجزأت الأرض الزراعية إلى أجزاء يقل كل منها عن خمسة أفدنة.

فيجب فى هذه الحالة أن تتركز الأرض فى يد أحد هؤلاء الملاك ممن يقدر على دفع ثمن ما لا يملكه، ويكون الاختيار باتفاق الجميع. فإذا لم يتفقوا ، جاز لأحد هؤلاء الملاك أو للنيابة العامة رفع الأمر إلى المحكمة الجزئية الواقع فى دائرتها أكثر العقارات قيمة، لتختار من بين الملاك من تؤول إليه الأرض ويكون قادراً على دفع ثمن ما لا يملك. فإذا لم يوجد من يستطيع الوفاء بثمن باقى الأنصبة، بيعت الأرض كلها بالمزاد لتكون فى يد واحدة ولا تتجزأ ملكية الأرض الزراعية إلى أقل من خمسة أفدنة، ويقسم الثمن على الملاك كل بقدر حصته.

وعند اختيار المحكمة للمالك الذى تؤول إليه ملكية الأرض على النحو الذى أسلفناه ويتعدد الراغبون، تفضل المحكمة من يحترف الزراعة فان تعدد هؤلاء اقترعت بينهم. وإذا كان سبب التجزئة الميراث، فضلت المحكمة من الورثة من يحترف الزراعة، فان تساووا كلهم أو بعضهم فى هذه الحصة، فضل الزوج، ثم الولد، فان تعدد الأولاد اقترعت بينهم.

وغنى عن البيان أن من يملك أرضاً زراعية قبل يوم ٩ من سبتمبر سنة ١٩٥٢، أى قبل نفاذ قانون الإصلاح الزراعى، وكان ما يملك أقل من خمسة أفدنة، يبقى مالكاً للأرض بهذا المقدار. فإذا جد سبب للتجزئة، ابتداء من يوم ٩ من سبتمبر سنة ١٩٥٢، وجب إعمال القواعد المتقدمة الذكر.

المبحث الثانى

الثمن

٢٠٣ – الشروط الواجب توافرها فى الثمن: يجب أن يتوافر فى الثمن الشروط الآتية:

أولا– أن يكون نقوداً.

ثانياً– أن يكون مقدراً أو قابلا للتقدير.

ثالثاً– أن يكون جدياً.

المطلب الأول

يجب أن يكون الثمن نقودا

٢٠٤ – تمييز البيع عن المقايضة بالثمن النقدى: يتميز البيع عن المقايضة بأن أحد المحلين المتبادلين فى البيع يجب أن يكون نقوداً وهو الثمن، فإذا كان الثمن غير نقود فالعقد مقايضة.

وقد كانت الفقرة الأولى من المادة ٥٦٣ من المشروع التمهيدى تنص صراحة على هذا الشرط فى البيع، فكانت تقضى بأنه «يجب أن يكون الثمن مقدر بالنقد». وقد حذفت هذه الفقرة فى لجنة المراجعة، لأنها مستفادة من تعريف البيع[1]. وقد عرف البيع فعلا، فى المادة ٤١٨ مدنى كما رأينا، بأنه «عقد يلتزم به البائع أن ينقل للمشترى ملكية شئ أو حقاً مالياً آخر فى مقابل ثمن نقدى».

ولا يغنى عن النقود شيئاً آخر فى الثمن[2]، حتى لو كان هذا الشئ الآخر من المثليات، وحتى لو كان له سعر نقدى معروف فى البورصة أو فى الأسواق، فتعيين الثمن غلالا أو أقطاناً مسعرة فى البورصة لا يجعل العقد بيعاً، لأن الغلال وإن سهلت معرفة ما يعادلها من النقود بالرجوع إلى سعرها فى البورصة لا تزال غير نقود، فالعقد يكون مقايضة[3]. بل تعيين الثمن أسهما أو سندات، وهى عادة معروفة السعر فى البورصة، أو تعيينه سبائك ذهبية، لا يجعل العقد بيعاً، بل يكون العقد مقايضة كذلك[4].

وإذا كان الثمن بعضه نقود وبعضه غير نقود، نظر إلى العنصر الغالب. فان كان هو النقود، وكان العقد بيعاً. وإن كان هو البدل غير النقود، كان العقد مقايضة. وعند الشك يكون العقد مزدوجاً، فهو بيع فى حدود الثمن النقدى، ومقايضة فى حدود البدل غير النقدى. فإذا اشترى شخص سيارة جديدة بألف وخمسمائة ومع هذا المبلغ سيارة قديمة كانت عند المشترى قومت بثلثمائة، كان العنصر الغالب هنا هو الثمن النقدى، فالعقد

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية٤ ص٣٠– ص٣١– وانظر ما يلى فقرة ٢٠٦ فى الهامش.

(٢) فلو أن شخصاً نقل إلى شخص آخر ملكية شئ لقاء خدمة يؤديها الشخص الآخر له، لم يكن العقد بيعاً، بل يكون عقداً غير مسمى (بلانيول وريبير وهامل ١٠ ص٣٥).

(٣) جيوار ١ فقرة ٩٢– هيك ١٠ فقرة ٣٤– بودرى وسينيا فقرة ١٢٨– بيدان ١١ فقرة ١١٢ – الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٣١– عكس ذلك: ديرانتون ١٦ فقرة ١٢٩– ماركاديه م١٥٩١).

(٤) الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٨٦– الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٩٦– الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٥٨– الأستاذ جميل الشرقاوى فقرة ١١٠ – الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١٥.

ولكن إذا حدد الثمن نقوداً فالعقد بيع، حتى لو اشترط أن يدفع الثمن أسهماً أو أقطاناً أو نحو ذلك بسعرها فى البورصة، فيكون المشترى قد باع الثمن الذى فى ذمته الأسهم أو الأقطان المشترطة (أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٤٩ هامش رقم ٢٤)– كذلك يكون العقد بيعاً إذا حدد الثمن نقوداً ثم حول المشترى للبائع حقاً له من النقود فى ذمة أجنبى، أو استوفى المشترى حقاً له فى ذمة البائع نفسه بمقابل هو الثمن الذى فى ذمته (أنسيكلوبيدى داللوز ٥ لفظ vente فقرة ٤٤٧– الأستاذ أنور سلطان فقرة ٣٣– الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٨٤– الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٩٥– الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٥٨– الأستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ١٣٤).

أما فى الفقه الإسلامى فالبيع أوسع نطاقاً، إذ أن له صوراً أربعاً: (١) مبادلة عين بدين وهذا هو البيع المطلق (٢) مبادلة عين بعين وهذه هى المقايضة (٣) مبادلة بين دين بعين وهذا هو السلم (٤) مبادلة دين بدين وهذا هو الصرف.

بيع. وإذا أعطى شخص داراً فى مقابل عشرين فداناً ومعها ثلثمائة، كان العنصر الغالب هو البدل غير النقدى، فالعقد مقايضة والثلثمائة معدل لها (soulte). أما إذا أعطى شخص داراً فى مقابل خمسة فدادين ومعها ألف، فالعقد مزدوج، بيع فى حدود الألف ومقايضة فى حدود خمسة الفدادين(١).

٢٠٥ – يصح أن يكون الثمن ايراداً مؤبداً أو مدى الحياة: ويكفى أن يكون الثمن نقوداً، وليس من الضرورى أن يكون رأس مال. فقد يكون الثمن إيراداً دائماً أو إيراداً مرتباً مدى الحياة، ما دام هذا الإيراد نقوداً(٢).

فيصح أن يتفق البائع والمشترى على أن يكون الثمن مقداراً معيناً من النقود، وأن يتفقا فى الوقت ذاته وفى نفس عقد البيع على تحويل هذا المقدار إلى إيراد مؤبد (rente perpétuelle) أو إلى ايراد مرتب للبائع مدى حياته (rente viagère). كما يصح أن يتفق البائع والمشترى على أن يكون الثمن رأساً إيراداً مؤبداً أو إيراداً مرتباً مدى حياة البائع. ففى الحالتين لا يكون الإيراد المؤبد أو الإيراد المرتب مدى الحياة عقداً مستقلاً، وإنما يكون ركنا فى عقد البيع هو الثمن(٣). وسنبحث الإيراد المؤبد والإيراد المرتب مدى الحياة فى

(١) أنسيكلوبيدى داللوز ٥ لفظ vente فقرة ٤٤١ – بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة٣٥– الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٣٤ – الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٨٥ – الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٩٥ – الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٥٩– الأستاذ جميل الشرقاوى فقرة ٤٤ ص١٠٨– ص١٠٩ – الأستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ٥١– الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١٥ ص٢٨ – الأستاذان أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ١٠٩. وأنظر أيضاً المادة ٤٨٣ مدنى – وانظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى للمادة ٤٨٥ مدنى، وتشير المذكرة إلى المادة ٤٨٣ مدنى وهى تجيز أن يكون فى المقايضة معدل من النقود كمعدل القسمة: ثم تقول «على أنه يجب ألا يكون هذا المعدل هو العنصر الغالب، وإلا انقلبت المقايضة بيعاً» (مجموعة الأعمال التحضيرية٤ ص٢٣٨).

(٢) والصفة الاحتمالية، فيما إذا كان الثمن إيراداً مرتباً مدى الحياة، إنما تثبت لمقدار الثمن لا للثمن فى ذاته (دى باج ٤ فقرة ٣٥– الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٩٥ ص١٧٣).

(٣) وإذا كان الثمن إيراداً مؤبداً وأريد استبداله. فإن كان هناك ثمن قدر فى عقد البيع وحول فى العقد نفسه إلى إيراد مؤبد، كان رأس المال الواجب الرد هو مقدار الثمن الذى كان قد قدر أولا فى عقد البيع، إلا إذا اتفق على مبلغ أقل، أما إذا كان المتبايعان قد اتفقا على أن يكون الثمن رأساً إيراداً مؤبداً، فرأس المال الواجب الرد يكون مبلغاً من النقود فائدته محسوبة بالسعر القانونى مساوية للإيراد. وهذا الحكم مستفاد من المادة ٥٤٨ مدنى وتنص على ما يأتى: «١– إذا رتب الدخل مقابل مبلغ من النقود، تم الاستبدال برد المبلغ بتمامه، أو برد مبلغ أقل منه إذا اتفق على ذلك. ٢– وفى الحالات الأخرى يتم الاستبدال بدفع مبلغ من النقود تكون فائدته محسوبة بالسعر القانونى مساوية للدخل». وانظر فى هذا المعنى بودرى وسينيا فقرة ١٢٨ مكررة.
ويذهب بعض الفقهاء إلى أنه إذا كان الثمن رأساً إيراداً مؤبداً أو إيراداً مؤقتاً، فانه يتمثل لا فى أقساط الإيراد بل فى حق الإيراد ذاته، ومن ثم يكون العقد مقايضة (بيدان ١١ فقرة ١١٣– الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٨٧). ولكن هذا الرأى لم يسد فى الفقه ولا فى القضاء، ولم يأخذ به المشرع المصرى =

مكان آخر، ويكفى أن نشير هنا إلى أن المادة ٧٤٣ مدنى تقضى بأن عقد البيع الذى يكون الثمن فيه إيراداً مرتباً مدى الحياة لا يكون صحيحاً إلا إذا كان مكتوباً. فالكتابة هنا ركن شكلى فى البيع.

ولا يعتبر إيراداً نقدياً مرتباً مدى الحياة، ومن ثم لا يصح أن يكون ثمناً، أن يتفق شخص مع آخر على أن يعطيه داراً مثلا فى مقابل أن الآخر يعول الأول فيقدم له المسكن والطعام والكسوة وما إلى ذلك من النفقة (bail à nourriture). ذلك أن التزام الآخر بأن يعول الأول ليس محله نقوداً وإن أمكن تقديره بمبلغ من النقود، وإنما هو التزام بعمل. بل إن العقد لا يكون هنا مقايضة، لأن التزام كل من المتقايضين يجب أن يكون التزاماً بنقل ملكية أو حق عينى، والالتزام هنا كما قدمنا التزام بعمل. فالعقد إذن ليس بيعاً ولا مقايضة، وإنما هو عقد معاوضة غير مسمى، يلتزم به أحد المتعاقدين بأن يعول المتعاقد الآخر فى مقابل عوض يأخذه منه(١).

المطلب الثانى

يجب أن يكون الثمن مقدراً أو قابلاً للتقدير

٢٠٦ – النصوص القانونية: تنص المادة ٤٢٣ من التقنين المدنى على ما يأتى:

«١– يجب أن يقتصر تقدير الثمن على بيان الأسس التى يحدد بمقتضاها فيما بعد».

«٢– وإذا اتفق على أن الثمن هو سعر السوق، وجب، عند الشك، أن يكون الثمن سعر السوق فى المكان والزمان اللذين يجب فيهما تسليم المبيع للمشترى. فإذا لم يكن فى مكان التسليم سوق، وجب الرجوع إلى سعر السوق فى المكان الذى يقضى العرف بأن تكون أسعاره هى السارية».

وتنص المادة ٤٢٤ على ما يأتى:

«إذا لم يحدد المتعاقدين ثمناً للمبيع، فلا يترتب على ذلك بطلان البيع متى تبين من

=(أنظر المادتين ٥٤٥ و٧٤١ مدنى – وانظر الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٣٥. الأستاذ جميل الشرقاوى فقرة ١١٠– الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١٥).

(١) لوران ٢٤ فقرة ٦٨– جيوار ١ – فقرة ٩٥ هيك ١٠ فقرة ٣٤– أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٤٩ هامش ٢٣ – بودرى وسينيا فقرة ١٢٨ ص١٢٦ – بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٥– الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٣٢ – الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٨٤ الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٩٥– الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٥٨ – الأستاذ جميل الشرقاوى ص١١٠ – الأستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ١٣٤.

الظروف أن المتعاقدين قد نويا اعتماد السعر المتداول في التجارة أو السعر الذي جرى عليه التعامل بينهما»(١).

وليس لهذه النصوص مقابل في التقنين المدني السابق، ولكن الأحكام كان معمولاً بها دون نص لاتفاقها مع القواعد العامة(٢).

وتقابل هذه النصوص في التقنينات المدنية العربية الأخرى: في التقنين المدني السوري المادتين ٣٩١– ٣٩٢– وفي التقنين المدني الليبي المادتين ٤١٢– ٤١٣– وفي التقنين المدني العراقي المواد ٥٢٦– ٥٢٩– وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٣٨٦(٣).

---

(١) **تاريخ النصوص:**

م٤٢٣: ورد هذا النص في المادة ٥٦٣ من المشروع التمهيدي، وكان المشروع يتضمن فقرة تجري على الوجه الآتي: «يجب أن يكون الثمن مقدراً بالنقد». فحذفت هذه الفقرة في لجنة المراجعة لأنها مستفادة من تعريف البيع الوارد في المادة ٤١٨ مدني، وأدخلت تعديلات لفظية طفيفة على ما بقي من النص فأصبح مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد، وصار رقمه ٤٣٦ في المشروع النهائي. وافق عليه مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٢٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص٣٠– ص٣١).

م٤٢٤: ورد هذا النص في المادة ٥٦٤ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد. وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٤٣٧ في المشروع النهائي ووافق عليه مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٢٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص٣٢– ص٣٤).

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في صدد المادتين ٤٢٣ و٤٢٤ مدني: «هذان نصان لا نظير لهما في التقنين الحالي وهما وإن كان حكمهما تمكن استفادته من القواعد العامة، يعالجان مسائل عملية يجدر أن تكون لها حلول تشريعية، أنظر التقنين الألماني م٤٥٣ وتقنين الالتزامات السويسري م٢١٢ فقرة أولى والتقنين البولوني م٢٩٦ والتقنين البرازيلي م١١٢٤» (مجموعة الأعمال التحضيرية٤ ص٣٢).

(٣) **التقنينات المدنية العربية الأخرى: التقنين المدني السوري** م٣٩١ – ٣٩٢ (مطابقتان للمادتين ٤٢٣– ٤٢٤ من التقنين المدني المصري – وانظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٦٧– فقرة ٧٦).

التقنين المدني الليبي م٤١٢– ٤١٣ (مطابقتان للمادتين ٤٢٣– ٤٢٤ من التقنين المدني المصري).

التقنين المدني العراقي م٥٢٦: ١– الثمن ما يكون بدلا للمبيع ويتعلق بالذمة. ٢– ويلزم أن يكون الثمن معلوماً بأن يكون معيناً تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة.

م٥٢٧: ١– في البيع المطلق يجب أن يكون الثمن مقدراً بالنقد، ويجوز أن يقتصر التقدير على بيان الأسس التي يحدد الثمن بموجبها فيما بعد.

٢– (وهذه الفقرة مطابقة للفقرة الثانية من المادة ٤٢٣ من التقنين المدني المصري).

م٥٢٨ (مطابقة للمادة ٤٢٤ من التقنين المدني المصري).

م٥٢٩: ١– زيادة المشتري في الثمن وتنزيل البائع من الثمن أو زيادته في المبيع بعد العقد يصح وتلتحق الزيادة والتنزيل بأصل العقد. ٢– وما زاده المشتري في الثمن يعتبر في حق العاقدين لا في =

٢٠٧ – تقدير الثمن أو قابليته للتقدير يجب أن يكون باتفاق بين المتبايعين: ولما كان الثمن هو أحد محلي البيع، فيجب، كما هو الأمر في كل محل للالتزام، أن يكون معيناً أو قابلا للتعيين. وتعيين الثمن أو قابليته للتعيين يجب أن يكون متفقاً عليه بين المتبايعين، فلا يستقل به أحدهما دون الآخر. لا يستقل به البائع، لأنه قد يشتط فيغبن المشتري. ولا يستقل به المشتري، لأنه قد يبخس الثمن فيغبن البائع(١). فلا بد إذن أن يكون تعيين الثمن أو قابليته للتعيين متفقاً عليه بين المتبايعين(٢)(1). ولا يكفي في ذلك أن يبيع

=حق الشفيع، وما حطه البائع من الثمن يجعل الباقي بعد الحط مقابلا لكل المبيع حتى في حق الشفيع، وما زاده البائع في المبيع يكون له حصة من الثمن. ٣– وللبائع أن يحط جميع الثمن قبل القبض، ولكن لا يلحق هذا الحط بأصل العقد. فلو أبرأ البائع المشتري من جميع الثمن وأخذ الشفيع المبيع، وجب أن يأخذه بالثمن المسمى. (وهذا النص لا نظير له في التقنين المدني المصري، وهو مأخوذ من الفقه الإسلامي، ويتفق مع القواعد العامة).

(ويلاحظ أن التقنين المدني العراقي أخذ في البيع بالمعنى الواسع الذي أخذ به الفقه الإسلامي، فأصبحت المقايضة فيه نوعاً من أنواع البيع، أما البيع بثمن نقدي فسماه البيع المطلق: م٥٢٧ عراقي – انظر في القانون المدني العراقي الأستاذ حسن الذنون فقرة ١١١– فقرة ١٣٣– الأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٢٤٤– فقرة ٢٩٢).

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م٣٨٦: يجب أن يعين المتعاقدون ثمن المبيع. ويجوز أن يفوض تعيين الثمن إلى شخص ثالث، وفي هذه الحالة إذا امتنع أو عجز الشخص الثالث عن تقدير الثمن فلا ينعقد البيع. (ولا فرق في هذه الأحكام بين التقنينين اللبناني والمصري).

(١) وهناك رأي يذهب إلى أنه إذا ترك تحديد الثمن لأحد المتعاقدين بشرط أن يكون الثمن عادلا، جاز أن يكون هذا، تبعاً للظروف، تحديداً كافياً. فإذا حدد المتعاقد ثمناً غير عادل، أو امتنع عن التحديد، أو أبطأ فيه، جاز للمتعاقد الآخر رفع الأمر للقضاء لتحديد الثمن العادل (الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٨٩ ص١٢٨). ولكن يؤخذ على هذا الرأي أن ما اتفق عليه المتعاقدان ليس في الواقع من الأمر إلى أن يكون الثمن عادلا، ولا يكفي في تحديد الثمن، كما سنرى، بأن يقتصر المتعاقدان على التبايع بثمن عادل (الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٢٩– وقارب الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٦٧).

(٢) على أن مقدار الثمن قد يكون مفروضاً على البائع، كما في حالة التسعير الجبري وفي حالة تسعير المرافق العامة كالمياه والغاز والنور وفي حالة نزع الملكية للمنفعة العامة. وقد يشترط البائع بالجملة على البائع «بالقطاعي» سعراً معيناً يبيع به ولا يزيد عليه حتى تروج السلعة، ويمكن القول في هذه الحالة إن البائع بالجملة قد اشترط لمصلحة المستهلك، ولهذا أن يطالب البائع «بالقطاعي» أن يكون الثمن هو هذا السعر المعين (قارب: بلانيول وريبير وبولانجيه٢ فقرة ٢٣٧٩– كولان وكابيتان٢ فقرة ٨٨٥– بيدان ١١ فقرة ١١٥– أنسيكلوبيدي داللوز ٥ لفظ vente فقرة ٧٠٨– فقرة ٧٠٩). وانظر في أن السعر الإجباري للعملة له تأثير في فرض الثمن أنسيكلوبيدي داللوز ٥ لفظ vente فقرة ٦٧٤– فقرة ٦٩٦– الأستاذ عبد المنعم البدراوي فقرة ١٤٩– فقرة ١٥١– الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٣٣.

(1) أ– الثمن وان كان يعتبر ركنا أساسيا في عقود البيع إلا أنه وعلى ما يستفاد من نص المادتين =

البائع الشئ بما يساويه من القيمة أو بثمن عادل، لأن هذه القيمة أو هذا الثمن العادل هو الذى يجب أن يكون محل اتفاق بين المتبايعين، والبيع على هذا النحو يكون باطلا لعدم تقدير الثمن(١). ولكن ليس من الضرورى أن تكون القيمة مقدرة فعلا باتفاق المتعاقدين، بل يكفى أن تكون قابلة للتقدير باتفاقهما(1)، كأن يتفقا على أجنبى لتقدير الثمن(٢)، وسيأتى بيان ذلك.

٢٠٨ – قابلية الثمن للتقدير. الاسس التى يقوم عليها التقدير: وليس من الضرورى أن يكون الثمن مقدراً، بل يكفى كما قدمنا أن يكون قابلا للتقدير، ما دامت الأسس التى يقوم عليها تقديره متفقاً عليها بين المتبايعين(٣).

=٤٢٣، ٤٢٤ من القانون المدنى، لا يشترط أن يكون الثمن معينا بالفعل فى عقد البيع بل يكفى أن يكون قابلا للتعيين باتفاق المتعاقدين صراحة أو ضمنا على الأسس التى يحدد بمقتضاها فيما بعد.
(جلسة ١٩٨٠/١/٢٨ الطعن ١٠٥١ لسنة ٤٥ق س٣١ ص٣١٨)

ب- إذا ما خلا العقد المكتوب من قيمة الثمن مع تضمنه إقرار طرفيه بأن البيع قد تم نظير ثمن نقدى دفعه المشترى وقبضه البائع فلا يبطل البيع لان اقرار طرفيه بذلك يعنى إقرارهما باتفاقهما على ثمن نقدى معين وهو ما يكفى لانعقاد البيع باعتباره عقدا رضائيا.
(جلسة ١٩٩١/٥/٩ طعن رقم ٥٢٦ لسنة ٥٥ق)

(١) أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٤٩ ص١٨- بودرى وسينيا فقرة ١٣٢ ص١٣٢ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٦ ص٣٦- الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٨٩- الأستاذ جميل الشرقاوى ص١١٢.

(٢) ولا يكون بيعا العقد الذى جعل فيه الثمن هو المقدار الذى يعرضه أجنبى على صاحب السلعة، بل يكون هذا شرط تفضيل pacte de préférence يشترط فيه شخص على صاحب السلعة تفضيله على أجنبى يعرض فى السلعة ثمناً يرتضيه صاحبها، فيلتزم هذا الأخير بتفضيل الأول على الأجنبى فى بيع السلعة له بالثمن الذى يعرضه الأجنبى (بودرى وسينيا فقرة ١٣٣- الأستاذ سليمان مرقس فقرة ١٢٨ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٢٩).

واشتراط تعديل الثمن تبعاً لطارئ معين جائز، ولكن إذا اتفق المتعاقدان على تحديد الثمن فى تاريخ تال لم ينعقد البيع إلا عند تحديد الثمن (دى باج٤ فقرة ٣٧- الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ١٠٢ ص١٧٧- ١٧٨).

(٣) بيدان ١١ فقرة ١١٥- بلانيول وريبير وبولانجيه٢ فقرة ٢٣٨٩ - كولان وكابيتان٢ فقرة ٨٧١ - جوسران٢ فقرة ١٠٢٤.

(1) متى كان يبين من الحكم المطعون فيه أن المحكمة قد رأت - فى سبيل الحصول إلى حقيقة ما انعقدت عليه ارادة الطرفين بشأن تحديد ثمن المبيع، وذلك فى حدود سلطتها التقديرية - أن تحدد ثمن الصفقة بمجموع ما دفعه المشترى «الطاعن» سواء عند تحرير العقد الابتدائى أو بعد ذلك وبما بقى من الثمن عند تحرير العقد النهائى وحصلت من ذلك الثمن الذى اتفق عليه الطرفان بعد تحرير العقد الابتدائى، وكان هذا الاستخلاص مستمدا من عناصر ثابتة باوراق الدعوى فان النعى على الحكم بتشويه الوقائع أو مخالفة الثابت بالأوراق يكون فى غير محله.
(جلسة ١٩٦٢/٥/١٠ الطعن ٣٥٩ لسنة ٢٦ق س١٣ ص٦٢٩)

ويمكن تصور أسس مختلفة يقوم عليها تقدير الثمن، ذكر منها المشرع اثنين فى المادتين ٤٢٣ و٤٢٤ مدنى سالفتى الذكر، ونضيف إليهما اثنين آخرين، فنستعرض الأسس الأربعة الآتية: (١) أن يكون أساس تقدير الثمن هو الثمن الذى اشترى به البائع المبيع. (٢) أن يكون الأساس هو سعر السوق. (٣) أن يكن الأساس هو السعر المتداول فى التجارة أو السعر الذى جرى عليه التعامل بين المتبايعين. (٤) أن يترك التقدير لأجنبى يتفق عليه المتعاقدان.

٢٠٩ – أساس التقدير الثمن الذى اشترى به البائع – المرابحة والتولية والإشراك والوضيعة: قد يتفق المتبايعان على أن يكون الأساس الذى يقوم عليه تقدير الثمن هو الثمن الذى اشترى به البائع. فيشترى المشترى بمثل ما اشترى البائع أو بأكثر أو بأقل(١). وفى هذه الحالة يكون الثمن الذى اشترى به البائع المبيع أمراً جوهرياً لابد من التثبت منه حتى يقدر على أساسه الثمن الذى اشترى به المشترى المبيع من البائع. وعلى البائع أن يبين هذا الثمن. وللمشترى أن يثبت أن الثمن الذى بينه البائع يزيد على الثمن الحقيقى وله أن يثبت ذلك بجميع طرق الإثبات ومن بينها البينة والقرائن(٢).

ولهذه الصور من البيع مكان خاص فى الفقه الإسلامى، ويطلق عليها فيه «بياعات الأمانة»، وتشتمل على صور أربع هى بيع المرابحة وبيع التولية وبيع الإشراك وبيع الوضيعة. وقد أخذها عن الفقه الإسلامى التقنين المدنى العراقى، فنصت المادة ٥٣٠ من هذا التقنين على أنه «١- يجوز البيع مرابحة أو تولية أو إشراكاً أو وضيعة. ٢- والمرابحة بيع بمثل الثمن الأول الذى اشترى به البائع مع زيادة ربح معلوم، والتولية بيع بمثل الثمن الأول دون زيادة أو نقص، والإشراك تولية بعض المبيع ببعض الثمن، والوضيعة بيع بمثل الثمن الأول مع نقصان مقدار معلوم منه. ٣- ويلزم فى هذه البيوع أن يكون الثمن الأول معلوماً تحرزاً عن الخيانة والتهمة».

وقد كتبنا عن هذه البياعات فى الفقه الإسلامى ما يأتى(٣): «حدد الفقه الإسلامى منطقة حراماً يفرض فيها على الناس الأمانة فى التعامل إلى أبعد مدى، ولا يسمح فيها بأى غش، حتى ليجعل مجرد الكذب فيها خيانة وتدليساً. وهذه هى ما تسمى ببياعات الأمانة. فيفسح فيها الفقه الإسلامى السبيل لمن قلت خبرته فى التعامل، أو فى ضرب يقوم عليه من ضروبه، أن يتوقى غش الناس إياه، بأن يتبايع معهم على حدود مرسومة،

---

(١) أو يجوز أن يكون الثمن هو ثمن التكلفة مع إضافة ربح معين، أو متوسط الأثمان التى باع بها التاجر فى وقت معين، أو على أساس التسعيرة الرسمية (الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٨٩ ص١٢٧).

(٢) ذلك أنه يثبت واقعة مادية، إذ شراء البائع للمبيع بثمن معين يعتبر بالنسبة إلى المشترى تصرفاً قانونياً، فضلا عن أن البيان الصادر من البائع بثمن أعلى من الثمن الحقيقى ينطوى على غش والغش يثبت بجميع الطرق.

(٣) أنظر مصادر الحق فى الفقه الإسلامى للمؤلف جزء ٢ ص١٦٦- ص١٦٧.

فتعتبر مجاوزة هذه الحدود خديعة وتغريراً.. وجملة القول في بياعات الأمانة هذه أن المبتاع، وهو يحتكم إلى ضمير البائع ويطمئن إلى أمانته، يبتاع منه السلعة على أساس الثمن الذى اشترى به البائع نفسه هذه السلعة. فأما أن يزيد فيها قدراً معلوماً من الربح يضاف إلى الثمن الأصلى، ويسمى البيع مرابحة. وإما أن ينقصه قدراً معلوماً يطرح من الثمن الأصلى ويحمل البائع فيه الخسارة، ويسمى البيع وضيعة. وإما ألا يزيد ولا ينقص، بل يشترى السلعة بمثل ثمنها الأصلى ويسمى البيع تولية إذا أخذ المشترى كل السلعة، أو إشراكاً إذا أخذ جزءاً منها بما يقابله من الثمن... ولا يكتفي من البائع ببيان مجمل عن الثمن، بل يجب عليه أن يبين ما أحاط الثمن من ملابسات وما اقترن به من أوصاف. فيبين إن كان الثمن معجلا أو نسيئة، مؤجلا أو مقسطاً. ثم يبين إن كان قد دفع هذا الثمن نقداً أو بدين له على بائعه، وإن كان بدين فهل دفعه عن طريق المماكسة والمساومة أو على سبيل الصلح. ثم يذكر إن كانت السلعة بقيت على حالها عنده بعد أن اشتراها أو هى تعيبت، وما إذا كان العيب حادثاً بفعل منه أو بفعل الغير أو قضاء وقدراً. كل هذه أوصاف وملابسات تؤثر في رضاء المشترى بالصفقة، والكذب فيها أو الانتقاص منها يجعل البيع مشوباً بالغش والتدليس».

وغنى عن البيان أن الأمر في القانون المصرى يتوقف على نية المتبايعين، فان قصدا التأسيس على الثمن الأول بكل ما أحاطه من ملابسات على النحو المتقدم الذكر، وجب الاعتداد بهذه الملابسات، ويترتب على ذلك أن البائع إذا كتم شيئاً منها كان هذا تدليساً وجاز إبطال البيع[1]. وإن قصداً مجرد التأسيس على الثمن الأول دون نظر إلى هذه الملابسات، وجب على المشترى قبول المبيع بحالته التى اشتراه بها وأن يدفع الثمن الأول أو أقل أو أكثر حسب الاتفاق. فان دفع للبائع ثمناً أكثر مما ارتضاه، سواء كان ذلك بغش من البائع أو بدون غش منه، كان له أن يرجع عليه بما دفعه زيادة على المقدار الذى ارتضاه[2]. ويجوز للمشترى أن يرجع على البائع بتعويض إذا وقع من البائع غش أو تقصير في بيان الثمن الأول.

---

(١) وقد نصت المادة ٢/١٢١ من التقنين المدنى العراقى على أنه «يعتبر تغريراً عدم البيان في عقود الأمانة التى يجب التحرز فيها عن الشبهة بالبيان، كالخيانة في المرابحة والتولية والإشراك والوضيعة».

(٢) وهذا هو قول أبي يوسف في المذهب الحنفي، ويبدو أنه أكثر الأقوال انطباقاً على القواعد العامة في القانون المصرى. وفي الفقه الإسلامى أقوال أخرى في المذهب الحنفى وفي غيره من المذاهب تتبين من النصوص الآتية:

جاء في الهداية (فتح القديره ص٢٥٦) وهى من كتب الفقه الحنفى: «فإن اطلع المشترى على خيانة في المرابحة، فهو بالخيار عند أبي حنيفة إن شاء أخذه بجميع الثمن وإن شاء تركه، وإن أطلع على خيانة في التولية أسقطها من الثمن. وقال أبو يوسف رحمه الله يحط فيهما. وقال محمد رحمه الله يخير فيهما. لمحمد رحمه الله أن الاعتبار للتسمية لكونه معلوماً. والتولية والمرابحة ترويج وترغيب فيكون وصفاً مرغوباً فيه كوصف السلامة، فيتخير بفواته. ولأبي يوسف رحمه الله أن =

=الأصل فيه كونه تولية ومرابحة، ولهذا ينعقد بقوله وليتك بالثمن الأول أوبعتك مرابحة على الثمن الأول إذا كان معلوماً، فلابد من البناء على الأول وذلك بالحط، غير أنه يحط في التولية قدر الخيانة من رأس المال وفي المرابحة منه ومن الربح. ولأبي حنيفة رحمه الله أنه لو لم يحط في التولية لا تبقى تولية لأنه يزيد على الثمن الأول فيتغير التصرف فتعين الحط، وفي المرابحة لو لم يحط تبقى مرابحة وإن كان يتفاوت الربح فلا يتغير التصرف فأمكن القول بالتخير».

وجاء في القوانين الفقهية لابن جزى (ص٢٦٣– ص٢٦٤) وهى من كتب الفقه المالكى: «لا يجوز الكذب في التعريف بالثمن. فإن كذب ثم اطلع المشترى على الزيادة في الثمن، فالمشترى مخير بين أن يمسك بجميع الثمن أو يرده، إلا أن يشاء البائع أن يحط عنه الزيادة وما ينوبها من الربح فلزمه الشراء».

وجاء في المهذب (جزء أول ص٢٨٨ – ص٢٩٠) وهو من كتب فقه الشافعى: «ومن اشترى سلعة جاز له بيعها برأس المال وبأقل منه وبأكثر منه... وإذا ظهر أن رأس المال مائة وباع على ربح درهم في كل عشرة، ثم قال أخطأت أو قامت البينة أن الثمن كان تسعين، فالبيع صحيح... وأما الثمن الذى يأخذه به ففيه قولان: أحدهما أنه مائة وعشرة، لأن المسمى في العقد مائة وعشرة، فإذا بان تدليس من جهة البائع لم يسقط من الثمن شئ كما لو باعه شيئاً بثمن فوجد به عيباً. والثانى أن الثمن تسعة وتسعون، وهو الصحيح، لأنه نقل ملك يعتبر فيه الثمن الأول، فإذا أخبر زيادة وجب حط الزيادة كالشفعة والتولية. ويخالف العيب، فإن هناك الثمن هو المسمى في العقد وههنا الثمن هو رأس المال وقدر الربح، وقد بان أن رأس المال تسعون والربح تسعة. فإن قلنا إن الثمن مائة وعشرة، فهو بالخيار بين أن يمسك المبيع بالثمن وبين أن يفسخ، لأنه دخل على أن يأخذ المبيع برأس المال وهذا أكثر من رأس المال فثبت له الخيار».

وجاء في الشرح الكبير على متن المقنع (جزء ٤ ص١٠٠– ص١٠٣) وهو من كتب الفقه الحنبلى: «السادس خيار يثبت في التولية والشركة والمرابحة والمواضعة... فإن باعه السلعة مرابحة، مثل أن يخبره أن ثمنها مائة ويربح عشرة، ثم علم ببينة أو إقرار أن ثمنها تسعون، فالبيع صحيح، لأنه زيادة في الثمن فلم يمنع الصحة كالعيب. وللمشترى الرجوع على البائع بما زاد في الثمن وهو عشرة وحظها من الربح وهو درهم، فيبقي على المشترى تسعة وتسعون درهماً. وبهذا قال الثورى وابن أبي ليلى وهو أحد قول الشافعى. وقال أبو حنيفة يخير بين الأخذ بكل الثمن أو يترك قياساً على العيب».

ويخلص من هذه النصوص أن قول أبي يوسف في الفقه الحنفى والقول الصحيح في فقه الشافعى والمنصوص عليه في الفقه الحنبلى، وهذه كلها تذهب إلى أن المشترى يسترد من البائع ما دفعه زيادة على ما ارتضاه من الثمن، وهذا هو المتفق مع القواعد العامة في الفقه الغربى كما قدمنا. وهناك أقوال أخرى في المذاهب المختلفة، أبرزها أن المشترى يكون بالخيار بين أن يستبقي المبيع بكل الثمن أو أن يفسخ البيع. وإذا أخذنا بالقول الأول، وكان البيع مرابحة، كأن كان الثمن الأول مائة ويزيد عشرة مرابحة، ثم يتبين أن الثمن الأول تسعون لا مائة، وجب حط العشرة من رأس المال وما يناسب العشرة من الربح وهو واحد، فيكون الثمن تسعة وتسعين. وإذا كان البيع تولية أو إشراكاً، حططنا العشرة من رأس المال. وإذا كان البيع وضيعة، كأن كان الثمن الأول مائة وينقص عشرة وضيعة، ثم تبين أن الثمن الأول تسعون، فما دام قد اشترى المائة بتسعين، ثم ظهر أن الذى اشتراه هو تسعون فقط، فإنه يشترى التسعين بواحد وثمانين.

أنظر في بياعات الأمانة مصادر الحق في الفقه الإسلامى للمؤلف جزء ٢ ص١٦٦– ص١٧٤ ومراجع الفقه الإسلامى المذكورة فيه.

ويخلص مما قدمناه أن ما يسمى ببيع الأمانة في الفقه الإسلامي حكمه في **القانون** المصري هو ما يأتي: إذا كتم البائع عن المشتري بعض الملابسات الجوهرية للثمن، كأن قال مثلا إنه اشترى بمائة معجلة وكان الثمن مؤجلا أو مقسطاً، كان هذا غشاً من البائع، وجاز للمشتري إبطال البيع للتدليس وإذا لم يكتم البائع عن المشتري شيئاً من هذه الملابسات الجوهرية، ولكن أثبت المشتري أن الثمن الأول الذي ذكره البائع أعلى من الحقيقة، كان البيع صحيحاً، ولكن يحط من الثمن المقدار الزائد من رأس المال وما يناسبه من الربح إن كان البيع مرابحة، أو المقدار الزائد من رأس المال فقط إن كان البيع تولية أو إشراكاً، أو المقدار الزائد من المال وما يناسبه من الخفض إن كان البيع وضيعة. وهذا المقدار الزائد وما يتبعه يسترده المشتري من البائع إن كان قد دفعه، ولا يلتزم بدفعه له إن لم يدفعه. وللمشتري في جميع الأحوال أن يرجع بتعويض على البائع إذا أثبت في جانبه غشاً أو تقصيراً(١).

٢١٠ – أساس التقدير سعر السوق: وقد يتفق المتبايعان على أن يكون الثمن هو سعر السوق. فهنا الثمن غير مقدر، ولكنه قابل للتقدير، ويمكن تقديره بالرجوع إلى سعر السوق(1). فان كان المتبايعان قد اتفقا على سوق في مكان معين وفي زمن معين، كان سعر هذه السوق هو المعتبر. أما إذا اقتصرا على ذكر سعر السوق دون أن يبينا أية سوق، فقد افترضت الفقرة الثانية من المادة ٤٣٣ مدني، كما رأينا، أنهما قصدا «سعر السوق في المكان والزمان اللذين يجب فيهما تسليم المبيع للمشتري(٢)». فاذا باع شخص غلالا بسعر السوق، وكان التسليم في شهر أكتوبر، فالمفروض أن المتبايعين قد قصدا أن يكون الثمن مطابقاً لسعر الغلال في بورصة الاسكندرية في شهر أكتوبر. فإذا كان التسليم في كفر الزيات، كانت السوق هي سوق كفر الزيات، إذ لا يشترط أن تكون السوق بورصة(٣). وإذا كان التسليم في قرية صغيرة ليس فيها سوق منظمة، وجب الرجوع إلى المكان الذي يقضي العرف بأن تكون أسعاره هي السارية، وقد يقضي العرف في هذه الحالة بأن تكون

(١) قارن الأستاذ حسن الذنون فقرة ١٣٠ – فقرة ١٣٣.

(٢) ومكان تسليم المبيع هو المكان المتفق عليه، فإن لم يوجد اتفاق فالمكان الذي يوجد فيه المبيع وقت البيع إذا كان المبيع عيناً معينة بالذات، وإلا فموطن البائع أو مركز إعماله وقت وجوب التسليم (م٣٤٧ مدني). وزمان التسليم هو الوقت المتفق عليه، فإن لم يوجد اتفاق وجوب التسليم فوراً بمجرد انعقاد البيع (م١/٣٤٦ مدني). وإذا وجب تصدير المبيع للمشتري مكان التسليم هو المكان الذي يصل فيه المبيع إلى المشتري م٤٣٦.

(٣) الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٤٢ – الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٣٠ ص٥٥ (وإذا تعددت أسعار اليوم في البورصة، فالسعر المتوسط).

(1) يعتبر البيع على الوجه أو بالكونترات صحيحا لأنه لا يختلف عن البيع العادي إلا في ترك تحديد السعر «الثمن» للسوق أو البورصة على الأسس التي توضح في تلك العقود والتي تؤدي إلى تعيينه بلا نزاع. (جلسة ١٩٥٧/٦/٢٧ مجموعة أحكام النقض السنة ٨ ص٦٤٣)

أسعار أقرب سوق هي الأسعار السارية. وهذا كله قد نصت عليه صراحة الفقرة الثانية من المادة ٤٢٣ مدني، كما رأينا إذ تقول: «وإذا اتفق على أن الثمن هو سعر السوق، وجب عند الشك أن يكون الثمن سعر السوق في المكان والزمان اللذين يجب فيهما تسليم المبيع للمشتري. فإذا لم يكن في مكان التسليم سوق، وجب الرجوع إلى سعر السوق في المكان الذي يقضي العرف بأن تكون أسعاره هي السارية». وهذا النص مأخوذ عن التقنين المدني الألماني (م٤٥٣) وتقنين الالتزامات البولوني (م٢٩٦)، ويتضمن حكماً معقولاً يتفق مع القواعد العامة(١).

٢١١ – أساس التقدير السعر المتداول في التجارة أو السعر الذي جرى عليه التعامل بين المتبايعين: وقد لا يحدد المتبايعان ثمناً للمبيع، وسنرى أنهما إذا لم يحددا الثمن أصلا كان البيع باطلا لانعدام ركن من أركانه. ولكن قد يكون سكوتهما عن تحديد الثمن ينطوي تبعاً للظروف والملابسات التي أحاطت التعاقد، على اتفاق ضمني على أن يترك تحديد الثمن إلى السعر المتداول في التجارة. فهنا أيضاً يكون الثمن قابلا للتقدير، بالرغم من أن المتبايعين لم يقدراه. ويرجع في تقديره إلى سعر السلعة المتداول بين التجار، سواء كان هذا السعر هو سعر البورصة أو سعر الأسواق المحلية في مكان تسلم المبيع أو غيره من الأمكنة(1). ثم والعبرة هنا ليست بقيمة المبيع في ذاته، بل بسعره المتداول في الأسواق، سواء كان هذا السعر أقل أو أكثر من قيمة المبيع الحقيقية(٢). وإذا لم يتبين للقاضي في وضوح السعر المتداول في الأسواق، كان له أن يلجأ في تبينه إلى خبير من التجار.

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص٣٢– ص٣٣. وانظر م١/٢١٢ من تقنين الالتزامات السويسري.

(٢) ويعرف الفقه الإسلامي بيع الاسترسال، وفيه يستأمن المشتري – ويكون عادة لا دراية له بالأسواق أو بالسلعة التي يشتريها– البائع فيشتري منه السلعة بما تبيع به الناس أي بالسعر المتداول في التجارة. وقد كتبنا عن هذا البيع في الفقه الإسلامي ما يأتي: «وإلى جانب بياعات الأمانة – وفي نفس المنطقة التي تسود فيها نزاهة التعامل – يعرف الفقه المالكي والفقه الحنبلي بيعاً آخر هو بيع المسترسل أو المستأمن. وفيه يكشف العاقد عن خبيئة نفسه، ويبين أنه لا دراية له فيما هو بسبيله من التعامل، وأنه يستأمن المتعامل معه ويستنصحه ويسترسل إلى نصحه، ويطلب إليه أن يبيع منه أو يشتري بما تبيع به الناس أو تشتري. فالأساس هنا ليس هو الثمن الأصلي كما في بياعات الأمانة، بل هو سعر السوق. فإذا لم يصدقه المتعامل معه، ولم يكشف له عن حقيقة سعر السوق، بل كذب عليه في ذلك وغبنه، فان هذا الكذب وحده يعتبر غشاً وتدليساً يوجب للعاقد خيار الرد» (مصادر الحق في الفقه الإسلامي للمؤلف جزء ٢ ص١٧٥– وانظر الحطاب جزء ٤ ص٤٧٠– والشرح الكبير للدردير هامش الدسوقي جزء ٣ ص١٤١ ص١٤٢ – والشرح الكبير على متن المقنع جزء ٤ ص٧٩).

(1) عقود البيع تحت القطع تقضي أن يكون للمشتري خيار التغطية مقابل حق البائع في القطع ويلتزم البائع لذلك ان يوفر للمشتري الوقت الذي يتسع لاجراء عملية التغطية التي تتم بعملية عكسية يجريها المشتري في بورصة العقود وفي وقت القطع وبسعره وعن مقدار معادل للمقدار الذي طلب =

وقد يظهر من الظروف والملابسات أن المتبايعين قد اتفقا ضمنيا على أن يكون الثمن هو السعر الذى جرى عليه التعامل بينهما، فيرجع إلى هذا السعر فى تحديد الثمن. فإذا كان بين المتبايعين سابق تعامل، بأن كان أحدهما قد اعتاد أن يورد للآخر سلعة معينة بسعر معين أو بسعر يتغير بتغير أسعار السوق، فاستمرار الأول فى توريد السلعة للآخر دون ذكر الثمن يكون معناه أنهما متفقان ضمنا على أن يكون الثمن هو هذا السعر المعين أو السعر المتغير الذى جرى عليه التعامل بينهما.

وهذا كله قد نصت عليه صراحة المادة ٤٢٤ مدنى، كما رأينا، إذ تقول: **«إذا لم يحدد المتعاقدان ثمناً للمبيع، فلا يترتب على ذلك بطلان البيع متى تبين من الظروف أن المتعاقدين قد نويا اعتماد السعر المتداول فى التجارة أو السعر الذى جرى عليه التعامل بينهما»**(١).

٢١٢- ترك التقدير لأجنبي يتفق عليه المتبايعان: وقد يترك المتبايعان تحديد الثمن لأجنبى يتفقان عليه عند البيع(٢)، فيصح ذلك، لأن الثمن هنا وإن لم يقدره المتبايعان إلا

=البائع قطع سعره كى يأمن المشترى تقلبات الاسعار ومتى تمت التغطية تحقق للمشترى مركز قائم فى البورصة قوامه عملية البيع التى يكون قد أجراها فى هذه البورصة.

(جلسة ١٩٦٤/٢/٢ مجموعة أحكام النقض السنة ١٥ ص٢٧١)

(جلسة ١٩٦٣/٤/١١ مجموعة أحكام النقض السنة ١٤ ص٥٢٩)

(١) وهذا النص هو الحل الذى أورده تقنين الالتزامات البولونى فى المادة ٢٩٨ منه، وهو حل يتفق مع القواعد العامة (المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية٤ ص٣٣).

وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه قد جرت العادة فى سوق القطن أن يباع القطن أو البذرة بسعر يحدده البائع فيما بعد فى ميعاد يعلن به المشترى، فيقطع السعر يوم الاعلان بحسب أسعار الكونتراتات أو بحسب السعر الجارى المحلى، ويخصم من الثمن الذى يحدد على هذا النحو ما عسى أن يكون المشترى قد عجله يوم البيع (١٣ يناير سنة ١٩٠٤ م١٦ ص١٠١). وقضت أيضاً بأنه إذا كان الثمن يحدد بسعر البورصة فى اليوم الذى يعينه المشترى، ثم أقفلت البورصة بقرار من الحكومة فأصبح متعذرا تحديد الثمن، فإذا لم يتفق المتبايعان على طريقة أخرى لتحديد الثمن لم يجز للمحكمة أن تتولى هى نفسها هذا التحديد ولو بطريق قريب من سعر البورصة، ويسقط البيع لعدم تحديد الثمن (١٥ نوفمبر سنة ١٩١٨ م٣٠ ص١٣٧). وقضت بأن حق البائع فى تحديد الثمن بعد الميعاد الأخير لتسليم آخر دفعة من القطن لا يجوز استعماله قبل أن يسلم البائع القطن المبيع للمشترى (٩ يناير سنة ١٩١٨ م٣٠ ص١٣٧) - وأنظر أيضاً فى تحديد سعر القطن حسب سعر البورصة فى يوم يحدده البائع أو المشترى: استئناف مصر ٧ أبريل سنة ١٩٢٤ المحاماة ٤ رقم ٧٠٤ ص٩٢٦- استئناف مختلط ١٣ مارس سنة ١٩١٩ م٣١ ص٢٠٧- ٨ ديسمبر سنة ١٩٢١ م٣٤ ص٤٦- ١٩ يناير سنة ١٩٢٢ م٣٤ ص١٢٤- ٢٣ فبراير سنة ١٩٢٢ م٣٤ ص١٩٩- ٦ ديسمبر سنة ١٩٢٢ م٣٥ ص٨٥- ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م٣٦ ص٦٢- ٢٧ أبريل سنة ١٩٢٥ م٣٧ ص٣٤٩ (بذرة القطن) - ١٢ مايو سنة ١٩٢٧ م٣٩ ص٤٧٥.

(٢) ويصح أن يتفق المتبايعان على أكثر من واحد يفوضان لهم أن يحددوا الثمن باتفاقهم جميعاً أو بأغلبيتهم (بودرى وسينيا فقرة ١٣٤).

أنهما جعلاه قابلا للتقدير. وما يقدره الأجنبى ثمنا للمبيع ملزم لكل من البائع والمشترى ويكون هو الثمن، لأن الأجنبى مفوض من المتبايعين فى تحديد الثمن، فهو وكيل عنهما فى ذلك ويسرى تقديره فى حقهما(١). والبيع يعتبر قد تم، لا من وقت تقدير المفوض للثمن فحسب، بل من وقت اتفاق المتبايعين على المفوض ففى هذا الوقت كان البيع مستكملا لجميع عناصره ومنها الثمن إذ كان قابلا للتقدير كما سبق القول(1). ويعتبر

(١) كما يسرى تصرف الوكيل فى حق الموكل، ويكون المتبايعان كأنهما هما اللذان قدرا الثمن، وذلك كله طبقاً لأحكام الوكالة. فالثمن الذى يقدره المفوض ملزم للمتبايعين، لا يستطيع البائع أن يحتج بأنه بخس ولا المشترى بأنه مبالغ فيه. ولكن يجوز الطعن فى التقدير إذا وقع تدليس على المفوض من أحد المتبايعين أو من الغير. ونرى من ذلك أن الأجنبى الذى يكل إليه المتبايعان تحديد الثمن لا يعتبر خبيراً (expert) لأن رأى الخبير غير ملزم، ولا يعتبر حكما (arbitre) لأن الحكم يفترض قيام نزاع ولا نزاع بين المتبايعين فهما متفقان على أن يكلا تقدير الثمن لأجنبى. وإنما الأجنبى وكيل عن المتبايعين معاً، مفوض منهما فى تقدير الثمن، فلأى منهما أن يحتج بما يقع فيه الوكيل من غلط أو تدليس أو إكراه (بودرى وسينيا فقرة ١٤٠ مكرة - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٧- فقرة ٣٨- بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٣٨٠). وإذا عين المفوض باتفاق المتبايعين، لم يجز لأحدهما أن يستقل بعزله، بل لابد فى عزله من اتفاقهما معاً كما هو الأمر فى تعيينه. فإذا اتفقا على عزله قبل أن يقدر الثمن، لم يعد يجوز له أن يقدره. ويجوز للمتبايعين أن يتفقا على مفوض آخر لتقدير الثمن، ويجوز لهما أن يتفقا مباشرة على الثمن، ولكن البيع لا يعتبر تاماً إلا من وقت اتفاقهما على الثمن، أو من وقت اتفاقهما على تعيين المفوض الآخر ويكون البيع فى هذه الحالة موقوفاً على تقدير المفوض الجديد للثمن (بودرى وسينيا فقرة ١٣٦).

وقد اعترض الأستاذ سليمان مرقس (فقرة ٩١- ص١٣١) على أن يكون المفوض وكيلا بما يأتى: (١) لا يجوز أن يكون شخص واحد نائباً عن طرفى العقد. ويرد على هذا الاعتراض بأن هذا يجوز بإجازة لاحقة، وهنا يوجد ما هو أقوى من الإجازة اللاحقة فالمتبايعان أقرا معاً أن يقوم المفوض بتقدير الثمن. (٢) الوكيل يجوز عزله وهنا المفوض لا يجوز أن يستقل أحد المتبايعين بعزله. ويرد على هذا الاعتراض بأن الوكيل الذى عينه المتبايعان معاً لا يجوز عزله إلا باتفاقهما كما سبق القول. (٣) تحديد الثمن عمل مادى، والوكيل لا يقوم إلا بتصرف قانونى. ويرد على هذا الاعتراض بأن تحديد الثمن هو جزء من عقد البيع وعنصر جوهرى فيه، فهو تصرف قانونى لا عمل مادى.

أنظر فى الفقه المصرى: الأستاذين أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى ص١١٤ هامش رقم ١ (ويذهبان إلى أن تعيين الأجنبى تفويض فى تحديد الثمن ونيابة فى قبوله) - الأستاذ جميل الشرقاوى ص١١٧ - ١١٨- وقارن الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٦٧- الأستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ١٤٠ (ويذهب إلى أن تحديد الثمن عمل مادى. ثم يقول إن المفروض فى الوكالة أن يكون الوكيل منفذاً لإرادة الموكل، أما هنا فالمفوض يفرض إرادته على موكله. ويرد على ذلك بأن النائب يجرى التصرف بإرادته هو لا بإرادة الأصيل وتنفذ هذه الإرادة فى حق الموكل لأنه ارتضى ذلك مقدما) - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٣١ ص٥٨ (ويذهب إلى أن تحديد الثمن عمل مادى، ومن ثم يقوم إن التفويض عقد غير مسمى).

(1) مفاد ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة ٤٢٣ من القانون المدنى أنه فى عقد البيع قد يترك الطرفان تحديد الثمن لأجنبى يتفقان عليه وقت العقد فيكون الثمن فى هذه الحالة قابلا للتقدير= =

تقدير المفوض للثمن بمثابة شرط واقف لانعقاد البيع(١)، فاذا تحقق الشرط بأن قدر المفوض الثمن(٢)، اعتبر البيع قد تم من وقت العقد. ومن ثم تنتقل الملكية فى المنقول المعين بالذات من وقت البيع، وفى العقار من وقت التسجيل ولو سجل العقد قبل تقدير المفوض للثمن(٣). وإذا لم يقم المفوض بتقدير الثمن لأى سبب، كأن امتنع عن ذلك ولو بغير عذر أو مات قبل أن يقدر الثمن أو تعذر عليه تقديره لعدم خبرته أو لأى سبب آخر، فان الشرط الواقف لا يتحقق، ويعتبر البيع كأن لم يكن(٤). ولا يستطيع القاضى إجبار المفوض على تقدير الثمن كما لا يستطيع أن يعين شخصاً مكانه، أو أن يقوم بتقدير الثمن بنفسه(٥). ولكن يستطيع المتبايعان الاتفاق على شخص آخر يحل محل الأول، فإذا ما قدر

== بتفويض الأجنبى فى تقديره وما يقدره هذا الأجنبى ثمنا للمبيع ملزم لكل من البائع والمشترى فهو وكيل عنهما ويتم هذا البيع من الوقت الى اتفق فيه الطرفان على المفوض ففى ذلك الوقت كان المبيع مستكملا لجميع عناصره واركانه ومنها الثمن، لما كان ذلك وكان الثابت بعقد البيع المؤرخ ١٩٦٦/٣/٢٧ المودعه صورته أوراق الدعوى أنه فى البند الثانى منه اتفق الطرفان على تحديد الثمن بمعرفة لجنة تشكل بالطريقة المبينة بالعقد وأيا ما كان الأمر فى وقت تقدير الثمن بمعرفة اللجنة فان العقد ينعقد منذ وقت ابرامه وليس فى الوقت الذى تصدر فيه اللجنة قرارها بتقدير الثمن على ما سلف وإذا التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر يكون متفقا وصحيح القانون والنعى عليه بغير ذلك لا يقوم على أساس.

(جلسة ١٩٨٨/٥/٨ الطعن ٤٣٩ لسنة ٥٠ق)

(١) لوران ٢٤ فقرة ٧٤- فقرة ٧٦- أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٤٩ ص١٧- جيوار ١ فقرة ١٠٥- بودرى وسينيا فقرة ١٣٥- بيدان ١١ فقرة ١١٧- الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٤٧- الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٩٢- الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ١٠٥- الأستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ١٤١- الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٣١- قارن بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٨ ص٣٩.

(٢) ويقدر المفوض الثمن وفقاً للسعر الجارى وقت البيع لا وقت التقدير.

(٣) وهذا ما يجدر بالمشترى أن يفعله، فلا يؤخر تسجيل العقد إلى أن يقوم المفوض بتحديد الثمن، بل يبادر إلى التسجيل حتى يمتنع على البائع التصرف فى المبيع. أما هلاك المبيع قبل تقدير الثمن، ولو كان فى يد المشترى، فهو على البائع، لأن الشرط ليس له أثر رجعى بالنسبة إلى تحمل تبعة الهلاك (بودرى وسينيا فقرة ١٣٥).

(٤) أنظر المادة ٢/٣٨٦ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى (آنفاً فقرة ٢٠٦ فى الهامش).

(٥) كذلك لو كان المفوض شخصين ولم يتفقا على تقدير الثمن، لا يتم البيع، ولا يستطيعان الاتفاق على شخص ثالث يكون حكماً بينهما. ولو كان المفوض عدة أشخاص ويجب اتفاقهم جميعاً لتقدير الثمن، فامتنع أحدهم، لا يتم البيع، ولا يستطيع الآخرون تعيين شخص يحل محل الشخص الممتنع (بودرى وسينيا فقرة ١٣٧- بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٩). ولا تستطيع المحكمة كذلك تعيين شخص يحل محل الشخص الممتنع، بل لو اتفق المتبايعان على أن تعين المحكمة مرجحاً عند اختلاف المفوضين فى تقدير الثمن ولكن أحد المفوضين امتنع عن إبداء رأيه فإن المحكمة لا تستطيع تعيين شخص يحل محله (بلانيول وريبير وهامل ١٠ ص٤٠ هامش ١). والقاضى لا يستطيع تقدير الثمن بنفسه، حتى لو عهد إليه المتبايعان فى ذلك وجعلاه هو المفوض، لأن القاضى ليست مهمته أن =

المفوض الجديد الثمن اعتبر البيع قد تم من وقت تعيين هذا المفوض الجديد ولا يتأخر تمام البيع إلى وقت تقدير الثمن.

وقد يقتصر المتبايعان على أن يجعلا تقدير الثمن لمفوض يعينانه فى المستقبل، فما داما لم يعينا هذا المفوض فان الثمن لا يكون قابلا للتقدير، ومن ثم لا يتم البيع. فإذا ما عيناه، تم البيع من وقت تعيينه معلقاً على شرط واقف هو تقديره للثمن(١). وإذا امتنع، فى الحالة التى نحن بصددها، أحد المتبايعين عن الاتفاق مع الآخر على تعيين المفوض، كان هذا إخلالا بالتزامه من وجوب الاتفاق على تعيين مفوض، وكان مسئولا عن التعويض وفقاً للمبادئ العامة، ولكن البيع لا يتم ما دام المفوض لم يعين(٢).

هذه هى القواعد العامة فى ترك تعيين محل العقد لمفوض. وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد يشتمل على نص اقتبس من المواد ٣١٥ و٣١٧ و٣١٩ من التقنين المدنى الألمانى. ويخرج فى بعض المسائل على هذه القواعد. فكانت المادة ١٨٥ من المشروع التمهيدى تنص على أنه «كان إذا ترك تعيين الشئ لأحد المتعاقدين أو لأجنبى عن العقد؛ فيجب أن يكون التعيين قائماً على أساس عادل. فإذا أبطأ التعيين أو قام على أساس غير عادل، فيكون تعيين الشئ بحكم القضاء. ٢- ومع ذلك إذ ترك التعيين لأجنبى عن العقد ولمحض اختياره، فان هذا العقد يصبح باطلا إذا لم يستطع هذا الأجنبى أن يقوم بالتعيين أو لم يرد القيام به أو لم يقم به فى وقت معقول أو قام به وكان تقديره

=يكمل العقود التى لم تتم، بل أن يحسم الخلاف فى عقود تمت (لوران ٢٤ فقرة ٧٥- أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٤٩ هامش ٢٧ مكرر - عكس ذلك: بودرى وسينيا فقرة ١٣٩ بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٧ ص٣٧ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٤٥- الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ١٠٥).

(١) بودرى وسينيا فقرة ١٣٨ ص١٣٦- وقد يترك المتبايعان تعيين المفوض لأجنبى يقوم هذا الأجنبى بتعيينه، فالبيع لا يتم فى هذه الحالة بمجرد تعيين الأجنبى الذى وكل إليه تعيين المفوض، بل يجب أن يعين الأجنبى المفوض فعل حتى يتم البيع موقوفاً على شرط واقف هو تقدير المفوض للثمن (بودرى وسينيا فقرة ١٣٩ مكررة أولا). ويكون تقدير المفوض للثمن بحسب السعر الجارى وقت تعيين المفوض لأنه هو الوقت الذى يستند إليه قيام البيع، ويصدق ذلك فى حالة تعيين المفوض بواسطة أجنبى وفى حالة تعيين المتبايعين للمفوض فى اتفاق لاحق.

(٢) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٩ ص٤٠- بلانيول وريبير وبولانجيه٢ فقرة ٢٣٨٣ - الأستاذان أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ١١٩- الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٩٣- الأستاذ جميل الشرقاوى ص١١٦- الأستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ١٣٩- الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٣١ ص٥٦- بل ولا يجوز الالتجاء إلى التهديد المالى: أنسيكلوبيدى داللوز ٥ لفظ vente فقرة ٧٦٠.

وهناك رأى يذهب إلى أن التعويض فى هذه الحالة لا ينشأ عن التزام تعاقدى، بل عن خطأ تقصيرى (بودرى وسينيا فقرة ١٣٨).

غير عادل». وقد حذفت لجنة المراجعة هذا النص في المشروع النهائي[1]، فلم يعد هناك مجال لاتباع أحكامه فيما خالف فيه القواعد العامة التي تقدم ذكرها[2]، وبخاصة في جواز أن يحل القاضي محل الأجنبي إذا أبطأ هذا في تقدير الثمن أو كان تقديره غير عادل كما تقضي الفقرة الأولى من النص، وفي وجوب أن يكون التقدير عادلا[3] كما تقضي الفقرة الثانية، فان هذا وذاك لا يتفق مع القواعد العامة التي سبق بيانها.

٢١٣- ترك المتبايعين الثمن غير مقدر وغير قابل للتقدير: أما إذا ترك المتبايعان الثمن غير مقدر وغير قابل للتقدير، فان البيع لا يتم، إذ ينقصه ركن من أركانه وهو الثمن[1]. وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد: «أما إذا لم يتفق المتعاقدان لا صراحة ولا ضمناً، على تحديد الثمن أو على جعله قابلاً للتحديد ببيان الأسس التي يحدد بمقتضاها، فان البيع يكون باطلا لفقده ركناً من أركانه»[4].

ويقرب من ذلك أن يصرح المتبايعان أنهما تبايعا دون ثمن، أي قصدا إيقاع البيع دون ثمن. فالعقد في هذه الحالة لا يتم باعتباره بيعاً. لأن الثمن ركن في البيع لا يتم بدونه. ولكن قد يستخلص من الظروف أنهما قصدا بايقاع البيع بدون ثمن أن يكون العقد هبة

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٢١٥- ص٢١٦ في الهامش.

(٢) أنظر الوسيط الجزء الأول ص٣٨٩ هامش رقم ١.

(٣) وكان دوما (القوانين المدنية ١ فقرة ٢٦) وبوتييه (البيع فقرة ٢٤) في القانون الفرنسي القديم يذهبان إلى وجوب أن يكون الثمن الذي يعينه المفوض ثمناً عادلاً. ولكن هذا الرأى لا يمكن الأخذ به دون نص خاص يماثل النص الذي ورد في التقنين المدني الألماني فيما قدمناه (بلانيول وريبير وهامل ١٠ ص٣٨ هامش ٤) الأستاذان أحمد نجيب الهلالي وحامد زكي فقرة ١١٧- الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٤٩- الأستاذ عبد المنعم البدراوي فقرة ١٤٢ - وقارن أوبري ورو ٥ فقرة ٣٤٩ ص١٦ - ص١٧).

ولكن يصح أن يتفق المتبايعان على وضع حدود لتقدير المفوض للثمن، كأن يضعا حداً أدنى وحد أعلى، فلا يجوز للمفوض في هذه الحالة أن يجاوز في تقديره الحد الأعلى ولا أن ينزل عن الحد الأدنى، وإلا كان تقديره باطلاً واعتبر البيع كأن لم يكن (بودرى وسينيا فقرة ١٤٠ مكررة ثانياً - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٨). ولو أدخل المفوض، دون تفويض خاص في ذلك، احتمال ارتفاع الأسعار في المستقبل في حسابه عند تقدير الثمن، يكون قد جاوز مهمته (بودرى وسينيا فقرة ١٤٠ مكررة ثانياً - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٨- الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٤٩ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٩٢- الأستاذ محمد كامل مرسي فقرة ١٠٥- الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٦٧).

(٤) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص٣٣.

(1) توافر ركن الثمن في عقد البيع واقع تستقل بتقديره محكمة الموضوع بغير معقب من محكمة النقض ما دام استخلاصها له سائغا.

(جلسة ١٩٨٤/١٢/٦ الطعن ١٧٢١ لسنة ٥٠ق س٣٥ ص١٩٧٨)

وعند ذلك لا تكون الهبة مستترة، بل هبة مكشوفة يشترط لتمامها ورقة رسمية في الأحوال التي يجب فيها القانون ذلك.

أما إذا قدر المتعاقدان الثمن أو جعلاه قابلا للتقدير وكان الثمن تافها، أو عينا ثمنا مناسبا وذكر البائع أنه وهبه للمشتري، فسنرى أن العقد يكون أيضاً هبة مكشوفة لابد فيها من ورقة رسمية في الأحوال التي يجب فيها ذلك.

وإذا قدر المتعاقدان الثمن وكان صوريا، فسنرى أن العقد يكون هبة مستترة، لا يشترط لتمامها ورقة رسمية.

المطلب الثالث

يجب أن يكون الثمن جديا

٢١٤- التمييز بين الثمن غير الجدي والثمن البخس: يجب أن يكون الثمن جديا (sérieux)، ولا يكون جديا إذا كان تافها (dérisoire)، أو كان صوريا (fictif). ولكن ليس من الضروري ليكون الثمن جدياً ألا يكون ثمنا بخسا (vil)، فقد يكون بخساً يدخله الغبن الفاحش، ومع ذلك يكون جديا. وآية أن الثمن جدي أن يكون البائع قد أبرم العقد بقصد الحصول عليها مهما كان بخساً، وقد رضى بالثمن البخس مضطراً لحاجة ملحة، أو جاهلا لقيمة المبيع، أو لغير ذلك من الأسباب. فيصح البيع، وإن جاز الطعن فيه بالغبن في حالة استثنائية[1] سيأتي بيانها.

فنستعرض مسألتين: (١) الثمن الجدى (٢) الثمن البخس ودعوى الغبن الفاحش.

١- الثمن الجدى

٢١٥- الثمن الصورى: لا يكون الثمن جدياً إذا كان ثمناً صورياً لا يقصد البائع أن يتقاضاه من المشترى[1]، بل ذكر مبلغاً من النقود ليكون ثمناً حتى يسلم للبيع مظهره

(١) كما قد يجوز الطعن فيه بالغلط أو التدليس أو الإكراه، بحسب السبب الذي دفع البائع إلى قبول هذا الثمن البخس.

(1) أ- تصرف الأب بالبيع المنجز في عقار يملكه إلى ابنه القاصر يعتبر تصرفا صحيحا سواء كان في حقيقته بيعا أو هبة مستترة في صورة عقد بيع وبتسجيله تنتقل ملكية العقار المبيع إلى القاصر، ولا يترتب على ثبوت صورية الثمن سوى اعفاء الاب من تقديم حساب عن هذا العقار ومن الحصول على اذن من محكمة الاحوال الشخصية عند تصرفه فيه بصفته وليا شرعياً على ابنه القاصر.

(جلسة ١٩٨٠/٥/١٩ لسنة ٤٨ق)

(جلسة ١٩٨٠/١٢/٢٣ لسنة ٤٩ق)

ب- إذا كان بين من الحكم المطعون فيه ان الطاعن تمسك أمام محكمة الاستئناف بصورية عقد البيع الصادر من والدته إلى باقي أولادها صورية مطلقة ودلل على هذه الصورية بعدة قرائن منها أن لعقد تضمن أن نصيب الذكر ضعف نصيب الأنثى - وهو ما يطابق احكام الشريعة الاسلامية في الميراث - وأن المتصرف إليهم لا يستطيعون أداء الثمن وأن العقد لم يظهر إلى حيز الوجود إلا بعد =

الخارجي. ومتى يثبت أن الثمن صورى فان العقد لا يكون بيعاً[1]، ولكنه قد يكون هبة مستترة في صورة بيع فيصح كهبة دون حاجة إلى ورقة رسمية[2](1)، وسنرى تفصيل ذلك عند الكلام في عقد الهبة. وقد سبق بحث إثبات الصورية فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى الغير[3].

ومما يقطع في صورية الثمن أن يبرئ البائع في عقد البيع نفسه المشترى من الثمن

=وفاة المتصرفة، كما طلب احالة الدعوى إلى التحقيق ليثبت هذه الصورية بالبينة على أساس أن رابطة الامومة التى تربط المتصرفة باولادها المتصرف اليهم والظروف التى تم فيها هذا التصرف تعتبر مانعا أدبيا من الحصول على دليل كتابى، وكان الحكم المطعون فيه قد اغفل بحث هذا الدفاع الجوهرى والرد عليه فانه يكون مشوبا بالقصور بما يستوجب نقضه.

(جلسة ١٩٧٣/١/٩ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٤ ص٤٦)

(١) استئناف وطنى ٤ مايو سنة ١٩٠٥ الاستقلال٤ ص٣٤٣.

(٢) الأستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ١٤٧.

(٣) الوسيط جزء ٢ فقرة ٦٢٨ - فقرة ٦٣٠- ومن القرائن القوية على الصورية أن يكون عجز المشترى عن دفع الثمن واضحاً كل الوضوح، بحيث لا يعقل أن يكون البائع قد أخذ الأمر على محمل الجد، وأن الثمن المذكور في العقد ليس إلا ثمنا صوريا والعقد ليس إلا تبرعاً (نقض مدنى ٢ يونيه سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٦١ ص١٨٥- جيوار ١ فقرة ٩٥- بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٥ ص٣٥ - الأستاذان أحمد نجيب الهلالى وحامد زكي فقرة ١٠٦). على أنه لا يجوز أن يستفاد دائماً من مجرد إعسار المشترى وعلم البائع بهذا الإعسار أن الثمن صورى ليس في نية البائع تقاضيه، فقد يؤمل البائع أن المشترى سيلقى بعد عسر يسرا (بودرى وسينيا فقرة ١٢٩- الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٣٧ ص١٩٥) - أما العكس فغير صحيح، فقد يكون المشترى في حالة تمكنه من دفع الثمن ويكون مع ذلك الشراء الحاصل منه صوريا، إذ لا تلازم بين حالة الإعسار وصورية العقد. فإذا اقتنعت المحكمة بأن تصرفاً ما كان صوريا، فليس هناك ما يحتم عليها أن تعرض بالبحث للمستندات المقدمة من المشترى إثباتاً ليسره ومقدرته على دفع الثمن، فان هذا لا يقدم ولا يؤخر (نقض مدنى٢ يناير سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ٨٨ ص٢٩٦).

(1) أ- إذا كان التصرف منجزا فأنه لا يتعارض مع تنجيزه، عدم استطاعة المتصرف إليه دفع الثمن المبين بالعقد لان التصرف الناجز يعتبر صحيحا سواء أكان العقد في حقيقته بيعا أو هبة مستترة في عقد بيع استمد في شكله القانوني.

(جلسة ١٩٧٣/٢/٦ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٤ ص١٥١)

(جلسة ١٩٧٢/٦/٢١ الطعن ٤١١ لسنة ٣٤ق س٢٣ ص١١٤٢)

ب- متى كان الحكم المطعون فيه قد استخلص في حدود سلطته التقديرية من أقوال شهود الطرفين ومن المستندات التى كانت بين يديه ان ثمن الاطيان موضوع عقد البيع هو مبلغ ... وأن المطعون ضده أوفى بهذا الثمن كاملا ورتب على ذلك توافر ركن الثمن في عقد البيع، وانتهى إلى صحته ونفاذه، وكان استخلاصه في هذا المقام سائغا فان ما تثيره الطاعنة لا يعدو أن يكون جدلا موضوعيا، يخرج عن رقابة محكمة النقض.

(جلسة ١٩٧٥/٦/٢٥ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٦ ص١٢٨٧)

(جلسة ١٩٧٩/٣/٢٩ الطعن ٨٤٣ لسنة ٤٤ق س٢٩ ص٨٩١)

(جلسة ١٩٩٠/١/٣٠ الطعن ٢٣٥٣ لسنة ٥٧ق)

المذكور في العقد، أو أن يهبه إياه، فان هذا معناه أن البائع ليس في نيته أن يتقاضى الثمن، وإنما يريد أن يسبغ على العقد صورة البيع. وفي هذه الحالة لا يكون العقد بيعاً، وإذا اعتبر هبة فانه يكون هبة مكشوفة لا مستترة، فيجب لانعقادها أن تكتب في ورقة رسمية في الأحوال التى تشترط فيها الرسمية في الهبة[1].

لكن إذا تم عقد البيع بذكر ثمن جدى فيه، ثم بعد ذلك أبرأ البائع المشترى من الثمن أو وهبه إياه، فان البيع يبقى صحيحاً فقد سبق أن انعقد بثمن جدى، وإبراء البائع المشترى من الثمن أو هبته له بعد ذلك ليس من أسباب البطلان[2].

٢١٦- الثمن التافه: ويلحق بالثمن الصورى الثمن التافه، وكما لا يتم البيع بثمن صورى كذلك لا يتم بثمن تافه(1). والثمن التافه هو مبلغ من النقود يصل من التفاهة في عدم تناسبه مع قيمة المبيع إلى حد يبعث على الاعتقاد بأن البائع لم يتعاقد للحصول على مثل هذا المقدار التافه، وإن كان قد حصل عليه فعلاً[3]. فإذا باع شخص داراً قيمتها ألف بعشرين مثلاً، كان الثمن تافهاً، فلا يتم البيع. وإذا اعتبر العقد في هذه الحالة هبة، فان الهبة تكون مكشوفة لا مستترة، وتجب فيها الرسمية في الأحوال التي يشترط القانون فيها ذلك[4].

(١) ولا يقال إن البيع يكون باطلا ويتحول إلى هبة صحيحة، بل العقد هبة مكشوفة رأساً (الأستاذ جميل الشرقاوى ص١٠٦). وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا ذكر الثمن في عقد البيع مع إبراء المشترى منه أو هبته إياه، فإن العقد في هذه الحالة لا يصح أن يكون ساتراً لهبة، لأن القانون وإن أجاز أن يكون العقد المشتمل على الهبة موصوفاً بعقد آخر، إلا أنه يشترط أن يكون هذا العقد مستوفياً الأركان والشرائط اللازمة لصحته (نقض مدنى ٩ يونيه سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر٢ رقم ١٣٠ ص٤٠٠).

(٢) بودرى وسينيا فقرة ١٢٩- الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٣٧ ص١٥٩- الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٩٧- الأستاذ جميل الشرقاوى فقرة ١٠٥- الأستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ١٤٤- الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٢٨- ويترتب على ذلك أنه يجوز الأخذ بالشفعة في هذا البيع، ويأخذ الشفيع العقار بالثمن المسمى الذى أبرئ منه المشترى أو وهب إياه، ولو اعتبر العقد هبة لما جاء الأخذ بالشفعة. وفي التقنين المدنى العراقى نص صريح في هذا المعنى، فقد نصت الفقرة الثالثة من المادة ٥٢٩ من هذا التقنين على ما يأتى: «وللبائع أن يحط جميع الثمن قبل القبض، ولكن لا يلحق هذا الحط بأصل العقد. فلو أبرأ البائع المشترى من جميع الثمن وأخذ الشفيع المبيع، وجب أن يأخذه بالثمن المسمى» (انظر آنفاً فقرة ٢٠٦ في الهامش).

(٣) محكمة مصر ١٨ أبريل سنة ١٩١٤ الحقوق ٢٩ ص١٨٧- وهذا ما يميز الثمن التافه من الثمن الصورى. فالثمن التافه قليل جداً من النقود لا يتناسب أصلا مع قيمة المبيع، ولكن البائع يحصل عليه فعلا. أما الثمن الصورى فيكون عادة مقداراً من النقود مناسباً لقيمة المبيع، ولكن البائع لا يحصل عليه ولا يقصد ذلك!

(٤) أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٤٩ ص١٦- الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٣٨- الأستاذ جميل الشرقاوى ص١٠٧ هامش ٣- الأستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ١٤٧ ص٢١٤- انظر عكس ذلك وأن الهبة تكون مستترة لا مكشوفة بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٤١.

(1) لا يشترط أن يكون المقابل في عقد البيع (الثمن) متكافئا مع قيمة المبيع بل كل ما يشترط فيه =

ويلحق بالثمن التافه، فيكون كالثمن الصورى لا يتم به البيع، أن يبيع شخص عيناً بثمن هو إيراد مرتب مدى حياة البائع ولكن هذا المرتب أقل من ريع العين. فإذا باع شخص داراً ريعها مائة بايراد مرتب مدى حياته مقداره خمسون، فقد وضح أن المشترى لا يدفع شيئاً من ماله فى مقابل الدار، إذ هو يقبض ريعها ويعطى البائع منه الإيراد المرتب. وفى هذه الحالة يكون العقد هبة لا بيعاً[1]، والهبة مكشوفة لا مستترة[2]، يشترط فيها الرسمية فى الأحوال التى يوجب القانون فيها ذلك[3]. على أن البائع إذا باع الدار بايراد يعادل الريع الحالى للمبيع، وظهر من الظروف أن هذا الريع الحالى غير مستقر، وأنه عرضة للنقصان إما لأسباب طبيعية وإما لسبب خاص كأن كانت الدار معرضة للتخريب من غزو أو سطو أو غير ذلك، فأراد البائع أن يكفل لنفسه إيراداً ثابتاً وإن كان لا يزيد على الريع الحالى للدار، جاز اعتبار الثمن هنا ثمناً جدياً لا تافهاً، وإن كان ثمناً بخساً، وصح البيع[4].

٢ – الثمن البخس

(دعوى الغبن الفاحش)

٢١٧ – النصوص القانونية: تنص المادة ٤٢٥ من التقنين المدنى على ما يأتى:

«١. إذا بيع عقار مملوك لشخص لا تتوافر فيه الأهلية وكان فى البيع غبن يزيد على الخمس، فللبائع أن يطلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل».

«٢. ويجب لتقدير ما إذا كان الغبن يزيد على الخمس أن يقوم العقار بحسب قيمته وقت البيع».

وتنص المادة ٤٢٦ على ما يأتى:

=أن لا يكون تافها، فالثمن البخس يصلح مقابلا لالتزامات البائع.
(جلسة ١٩٥١/٢/٨ مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض قاعدة ١٣ ص٣٤٦).

(١) بلانيول وريبير وبولانجيه٢ فقرة ٢٣٧٢ – قارن جوسران ٢ فقرة ١٠٢٥.

(٢) قارن بيدان ١١ فقرة ١٤٣.

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه على فرض أن الايراد المقرر فى العقد مدى حياة البائع هو دون ريع المنزل المبيع، وأن هذا يجعل الثمن معدوماً فيعتبر العقد باطلا كبيع، فإن الحكم قد أقام قضاءه على أساس أن العقد يعتبر فى هذه الحالة هبة صحيحة شكلا لإفراغها فى قالب بيع (نقض مدنى ٥ أبريل سنة ١٩٥١، مجموعة أحكام النقض رقم ٩٦ ص٥٧٣).

(٤) أنظر لوران ٢٤ فقرة ٨٥ وما بعدها – جيوار ١ فقرة ٩٧ – أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٤٩ هامش ٢٦ – بيدان ١١ فقرة ١٤٢ – كولان وكابيتان ٢ فقرة ٨٧١ – الأستاذ جميل الشرقاوى ص١٠٧ – الأستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ١٤٦ – وقارن ماركاديه م١٥٩١ فقرة٣ – بودرى وسينيا فقرة ١٣٠ – بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٤١ ص٤٢ – ص٤٣ – الأستاذين أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ١٠٧ – الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٩٩.

ويجوز الطعن فى البيع بدعوى الغبن الفاحش إذا توافرت شروطها، كما سترى.

«١. تسقط بالتقادم دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن، إذا انقضت ثلاث سنوات من وقت توافر الأهلية أو من اليوم الذى يموت فيه صاحب العقار المبيع».

وتنص المادة ٤٢٧ على ما يأتى:

«لا يجوز الطعن بالغبن فى بيع تم كنص القانون بطريق المزاد العلنى»[1].

وتقابل هذه النصوص فى التقنين المدنى السابق المادتين ٣٣٦-٣٣٧/٤١٩-٤٢٠[2].

---

(١) تاريخ النصوص:

م٤٢٥: ورد هذا النص فى المادة ٥٦٥ من المشروع التمهيدى على وجه يقارب ما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد. وفى لجنة المراجعة عدل تعديلا طفيفا فصار مطابقاً، إلا فى عبارة واحدة عدلتها لجنة الشئون التشريعية فى مجلس النواب، إذ كان نص المشروع كما يأتى: «فليس للبائع إلا أن يطلب تكملة الثمن» فاستبدلت بهذه العبارة عبارة «فللبائع أن يطلب تكملة الثمن» لأن العبارة الأولى توهم أن البائع ناقص الأهلية لا يملك فى حالة الغبن إلا دعوى تكملة الثمن، والواقع أنه يملك أيضاً دعوى إبطال العقد لنقص أهليته، وقد يرى المصلحة فى إحدى الدعويين دون الأخرى. وصار رقم النص ٤٣٨ فى المشروع النهائى. ووافق عليه مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٢٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية٤ ص٣٥ – ص٣٧).

م٤٢٦: ورد هذا النص فى المادة ٥٦٦ من المشروع التمهيدى على وجه يقارب ما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد. وفى لجنة المراجعة عدل تعديلا طفيفا فصار مطابقاً، وأصبح رقمه ٤٣٥ فى المشروع النهائى، ووافق عليه مجلس النواب فمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٢٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية٤ ص٣٧ – ص٣٨).

م٤٢٧: ورد هذا النص فى المادة ٥٦٧ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى: «لا يجوز الطعن بالغبن فى بيع ينص القانون على أنه لا يتم إلا بطريق المزاد العلنى». وفى لجنة المراجعة حور النص تحويراً يجعل المعنى أدق، فأصبح المعنى مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد، وصار رقمه ٤٤٠ فى المشروع النهائى. ووافق عليه مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٢٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية٤ ص٣٩ وص٤١).

(٢) **التقنين المدنى السابق** م٣٣٦/٤١٩: الغبن الفاحش الزائد عن خمس ثمن العقار المبيع لا يترتب عليه حق إلا للبائع فى طلب تكملة الثمن، ويكون ذلك فى حالة بيع عقار القصر فقط.

م٣٣٧/٤٢٠: يسقط حق إقامة الدعوى بالغبن الفاحش بعد بلوغ البائع سن الرشد أو وفاته بسنتين. ولا يترتب على ذلك الحق إخلال بحقوق أصحاب الرهون العقارية.

والفروق ما بين التقنينين الجديد والسابق بينتها المذكرة الإيضاحية فيما يلى:

١ – التقنين السابق لم يذكر إلا القاصر، وجرى القضاء المصرى على أن ذلك يشمل غير القاصر أيضاً من غير كاملى الأهلية كالمحجور عليه، فسجل التقنين الجديد هذا القضاء بأن نص على بيع العقار المملوك لشخص لا تتوافر فيه الأهلية (استئناف مختلط ١٠ أبريل سنة ١٨٨٩ م١ ص١١٥ – قارن ١٠ ديسمبر سنة ١٨٩٠ م٣ ص٧٠).

٢ – نص التقنين الجديد على الطريقة التى يقدر بها الغبن، فذكر أنه يجب لتقدير ما إذا كان الغبن يزيد على الخمس أن يقوم العقار حسب قيمته وقت البيع. وهذا ما جرى عليه القضاء المصرى، فقننه التقنين الجديد ناقلا فى ذلك عن المشروع الفرنسى الإيطالى (م٣٩٥). =

وتقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى: فى التقنين المدنى السورى المواد ٣٩٣- ٣٩٥- وفى التقنين المدنى الليبى المواد ٤١٤- ٤١٦- وفى التقنين المدنى العراقى المادة ١٢٤- وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادتين ٢١٣- ٢١٤(١).

ونرى من ذلك أن الثمن البخس، وهو الثمن الذى يقل عن قيمة المبيع كثيراً ولكنه ثمن جدى قصد البائع أن يتقاضاه، لا يمنع تمام البيع كما قدمنا، إذا توافر فيه شروط

=٣- جعل التقنين الجديد مدة التقادم ثلاث سنوات بدلا من سنتين، حتى يتسق التشريع فى دعوى الإبطال مع دعوى تكملة الثمن للغبن (انظر سريان التقنين الجديد بالنسبة إلى الزمان فيما يلى فقرة ٢٢٣).

٤- نص التقنين الجديد على عدم جواز الطعن بالغبن فى بيع تم كنص القانون بطريق المزاد العلنى، كالبيع جبراً للتنفيذ على مال المدين وكبيع عقار القاصر فى المزاد العلنى، لأن المفروض فى هذه البيوع أن كل الإجراءات اللازمة للحصول على أعلى ثمن ممكن وقت البيع اتخذت، فإذا رسا المزاد رغم ذلك بثمن فيه غبن، فليس فى الأمر حيلة. وفى هذا أيضاً تقنين لما جرى عليه القضاء فى مصر.

انظر فيما تقدم مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص٣٩- ص٤٠.

وتمكن إضافة فرق خامس إلى هذه الفروق الأربعة، وهو الخاص بحماية الغير حسن النية، فقد عمم التقنين الجديد إذ شمل بالحماية كل من كسب حقاً عينياً على العقار المبيع، وقصر التقنين السابق الحماية على أصحاب الرهون العقارية.

(١) **التقنينات المدنية العربية الأخرى: التقنين المدنى السورى** م٣٩٣ – ٣٩٥ (مطابقة للمواد ٤٢٥- ٤٢٧ من التقنين المدنى المصرى – وانظر فى القانون المدنى السورى الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٧٧- فقرة ٨٣).

التقنين المدنى الليبى م٤١٤ – ٤١٦ (مطابقة للمواد ٤٢٥- ٤٢٧ من التقنين المدنى المصرى).

التقنين المدنى العراقى م١٢٤: ١- مجرد الغبن لا يمنع من نفاذ العقد ما دام الغبن لم يصحبه تغرير. ٢- على أنه إذا كان الغبن فاحشاً وكان المغبون محجوراً أو كان المال الذى حصل فيه الغبن مال الدولة أو الوقف، فان العقد يكون باطلا. ٣- لا يجوز الطعن بالغبن فى عقد تم بطريق المزايدة العلنية.

(ويختلف التقنين العراقى عن التقنين المصرى بوجه خاص فى الجزاء المترتب على الغبن، ففى التقنين المصرى الجزاء هو تكملة الثمن، أما فى التقنين العراقى فالجزاء هو بطلان العقد أصلا).

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م٢١٣: الغبن هو التفاوت وانتفاء التوازن بين الموجبات التى توضع لمصلحة فريق والموجبات التى تفرض على الفريق الآخر فى العقود ذات العوض.

م٢١٤: إن الغبن لا يفسد فى الأساس رضا المغبون. ويكون الأمر على خلاف ذلك ويصبح العقد قابلا للبطلان فى الأحوال الآتية: أولا- إذا كان المغبون قاصرا. ثانياً- إذا كان المغبون راشدا وكان للغبن خاصتان: الأولى أن يكون فاحشا وشاذا عن العادة المألوفة، والثانية أن يكون المستفيد قد أراد استثمار ضيق أو طيش أو عدم خبرة فى المغبون. ويمكن إلى الدرجة المعينة فيما تقدم إبطال عقود الغرر نفسها بسبب الغبن.

(ويختلف التقنين اللبنانى عن التقنين المصرى فيما يأتى: (١) لم يحدد التقنين اللبنانى رقما ثابتا للغبن، وقد حدد التقنين المصرى رقما فجعله الخمس. (٢) مزج بين الغبن والاستغلال. (٣) قصر الغبن على القاصر دون غيره ممن لم تتوافر فيهم الأهلية. (٤) جعل جزاء الغبن إبطال العقد لا تكملة الثمن).

الثمن. فإذا باع شخص كامل الأهلية داراً قيمتها أربعة آلاف بألفين أو بألف، كان البيع صحيحا(١)، ولا يدخل عليه البطلان من طريق بخس الثمن، فهو ثمن جدى وإن كان ثمناً قليلاً(٢).

على أن بخس الثمن – كما يخلص من النصوص المتقدمة الذكر – يعيب البيع فى حالة واحدة، هى حالة بيع عقار مملوك لغير كامل الأهلية ولكن بشروط معينة إذا توافرت جاز الطعن فى البيع بدعوى الغبن الفاحش(٣).

١ – الشروط الواجب توافرها لتحقق الغبن الفاحش

٢١٨- شروط أربعة: يجب لتحقق الغبن الفاحش الذى يعيب البيع توافر شروط أربعة تستخلص من نصوص المواد ٤٢٥- ٤٢٧ مدنى: (١) أن يكون صاحب العين المبيعة غير كامل الأهلية. (٢) وأن تكون العين المبيعة عقاراً (٣) والا يكون البيع فى مزاد علنى تم وفقاً لأحكام القانون (٤) وأن يقل الثمن عن قيمة العقار وقت البيع بأكثر من الخمس.

٢١٩- الشرط الأول – صاحب العين المبيعة غير كامل الأهلية: يجب أولا أن يكون صاحب العين المبيعة غير كامل الأهلية. فان كان كامل الأهلية، فهو حر فى أن يبيع ماله بأى ثمن شاء. وإن باعه بثمن قليل، ولم يؤثر فى سلامة البيع مقدار الغبن الذى لحق به مهما كان هذا الغبن فاحشاً، ما دام الثمن جديا قصد البائع أن يحصل عليه(٤). وليس

(١) استئناف مختلط ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣١ م٤٤ ص٦٢- ٤ فبراير سنة ١٩٣٢ م٤٤ ص١٥٩ – ٢٢ يونيه سنة ١٩٣٢ م٤٤ ص٣٨٩ – ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م٤٦ ص٦٢- ٣٠ أبريل سنة ١٩٣٥ م٤٧ ص٢٨١.

(٢) وقد يدخله البطلان من طريق عيب من عيوب الإرادة كالإكراه أو التدليس أو الغلط (نقض مدنى ٨ فبراير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض٢ رقم ٥٩ ص٣٠٥ – وانظر آنفا فقرة ٢١٤ فى الهامش).

(٣) أما الغبن ذو المعيار الذاتى الذى يعيب الرضاء نفسه ولو كان المتعاقد كامل الأهلية – الاستغلال – فقد سبق بحثه (انظر الوسيط جزء أول فقرة ٢٠٢- فقرة ٢١٢).

(٤) أما فى القانون الفرنسى فيجوز الطعن فى بيع العقار المملوك لكامل الأهلية إذ زاد الغبن على ١٢/٧ من قيمة العقار وقت البيع، ويجبر المشترى إما على رد العين واسترداد الثمن وإما على تكملة الثمن إلى تسعة أعشار القيمة وقت البيع. فرد المبيع هو الالتزام الأصلى، وتكملة الثمن التزام بدلى (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢٤٦ ص٣٠٢ – ص٣٠٣ – جوسران ٢ فقرة ١٠٥٥ ص٥٥١). أنظر فى تاريخ دعوى الغبن فى القانون الفرنسى وأصل هذه الدعوى فى القانون الرومانى والقانون الفرنسى القديم بودرى وسينيا فقرة ٦٧١- فقرة ٦٧٣ – بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢٣٥.

وفى الفقه الإسلامى يمنع الغبن إطلاقاً فى الأموال الربوية (وهى المطعومات والأثمان أو المكيلات والموزونات). وفيما عدا الأموال الربوية لا يؤثر الغبن إذا لم يصحبه تغرير، ولكن مجرد الغبن إذا كان فاحشاً يؤثر فى بيع أموال المحجور وبيت المال والوقف فيجعل العقد فاسداً.

يعيب بيع كامل الأهلية، عن طريق الغبن، إلا أن يستغل فيه طيش بين أو هوى جامح وأن تتوافر سائر شروط الاستغلال، ويختلف معيار الاستغلال عن معيار الغبن في أن ذاك ذاتي وهذا موضوعي[(١)].

فالواجب إذن أن يكون صاحب العين المبيعة غير كامل الأهلية، سواء كان فاقد الأهلية أصلا أو كان ناقصها فحسب[(٢)]. فيجوز أن يكون صبياً غير مميز أو مجنوناً أو معتوهاً، وهؤلاء فاقدو الأهلية أصلا، ويبيع بالنيابة عنهم الولى أو الوصى أو القيم. ويجوز أن يكون صبياً مميزاً أو محجوزاً عليه لغفلة أو لسفه، وهؤلاء ناقصو الأهلية، ويبيع بالنيابة عنهم الولى أو الوصى أو القيم، وقد يباشرون البيع بأنفسهم. أما النائب والمحجور عليه لعقوبة جنائية ومن أقيم له مساعد قضائى، فهؤلاء لا يعتبرون ناقصى الأهلية بسبب الغيبة أو العقوبة أو العاهة، وحكمهم هو حكم كامل الأهلية.

٢٢٠ - الشرط الثانى - العين المبيعة عقار: ويجب ثانياً أن تكون العين المبيعة عقاراً. فبيع المنقولات بأى ثمن جدى مهما قل لا يعيبه الغبن الفاحش، ولو كانت هذه المنقولات مملوكة لغير كامل الأهلية[(٣)]. ومن ثم إذا بيعت أسهم[(٤)] أو سندات أو سيارة أو «عوامة» أو آلة ميكانيكية أو غير ذلك من المنقولات ذات القيمة الكبيرة بغبن فاحش، لم يؤثر ذلك فى سلامة البيع، ولو كانت هذه المنقولات مملوكة لقاصر أو لمحجور عليه. وكذلك إذا بيع متجر (fonds de commerce) فالمتجر يعد منقولا[(٥)]. فالمنقولات لا تحميها إذن دعوى الغبن الفاحش وإنما تحميها الاجراءات التى رسمها المشرع لحماية

(١) وقد جاء فى المذكر الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد: «ويلاحظ أن معيار الغبن هنا معيار مادى. أما الغبن فى العقد بصفة عامة، وهو الاستغلال المنصوص عليه فى الالتزامات بوجه عام، فمعياره معيار نفسى: ولا يشترط فيه الوقوف عند رقم معلوم... ويستخلص مما تقدم أن بيع عقار كامل الأهلية لا يطعن فيه بالغبن إلا إذا توافرت فيه شروط الاستغلال التى سبق بيانها» (مجموعة الأعمال التحضيرية٤ ص٤١).

(٢) ويندر أن يكون صاحب العقار المبيع فاقد الأهلية أصلا، لأنه إذا باشر العقد بنفسه كان العقد باطلا، وإذا باشره عنه وصيه بغير إذن المحكمة كان العقد باطلا أيضاً. فيبقى أن يباشر العقد الوصى بإذن المحكمة، ولا يباع العقار فى مزاد علنى، ويقع فى البيع غبن فاحش. ويبقى أيضاً أن يباشر العقد الولى فى الحدود التى لا يشترط فيها إذن المحكمة، ويقع فى البيع غبن فاحش أما إذا كان صاحب العقار المبيع ناقص الأهلية، فيضاف إلى هذين الفرضين فرض ثالث، هو أن يباشر ناقص الأهلية العقد بنفسه ويقع فى البيع غبن فاحش، فيكون البيع قابلا للطعن فيه بدعوى الإبطال وبدعوى الغبن الفاحش. أنظر ما يلى فقرة ٢٢١.

(٣) استئناف مختلط ١١ يناير سنة ١٩٠٥ م١٧ ص٧٣.

(٤) غير أن بيع حصص فى شركة عقارية يعتبر بيع عقار، إذا أدى إلى تجميع الحصص كلها فى يد شريك واحد ومن ثم انحلت الشركة (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢٣٨ ص٢٨٥).

(٥) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢٣٨ ص٢٨٥.

القصر والمحجور عليهم فى قانون الولاية على المال، وأهمها وجوب الحصول على إذن المحكمة.

إما إذا كان المبيع عقارا، فتحميه دعوى الغبن الفاحش. ويستوى أن يكون هذا العقار حق ملكية على عقار كدار أو أرض[(١)]، أو يكون حقا عينيا دون حق الملكية ما دام واقعاً على عقار كحق الانتفاع بدار أو أرض وحق الرقبة وحق الارتفاق وحق الحكر[(٢)]. ولكن حوالة الحق الشخصى غير العقارى، ولو كان هذا الحق مكفولاً بتأمين عينى واقع على عقار كرهن أو اختصاص أو امتياز، لا يعتبر بيع عقار. بل هو بيع منقول لا تحميه دعوى الغبن الفاحش، لأن البيع واقع على حق شخصى غير عقارى. فإذا كان الحق الشخصى واقعاً على عقار، كحوالة حق المشترى القاصر أو المحجور عليه لعقار اشتراه ولم يسجل عقد البيع، اعتبر عقاراً وجازت حمايته بدعوى الغبن الفاحش.

وإذا كان المبيع عقاراً ومنقولا بيعا صفقة واحدة بثمن واحد، وكانت الصفقة قابلة للتجزئة، جزئت وقسم الثمن على العقار والمنقول، وجاز الطعن بالغبن فى العقار دون المنقول. وإذا لم تكن الصفقة قابلة للتجزئة، جاز الطعن فى البيع كله بالغبن، على ألا يدخل فى حساب الغبن إلا قيمة العقار وحده منسوبة إلى حصته فى الثمن[(٣)].

٢٢١ - الشرط الثالث - لا يكون البيع فى مزاد علنى تم وفقا لأحكام القانون: ويجب ثالثا ألا يكون البيع فى مزاد علنى. ونلاحظ بادئ ذى بدء أن الذى تحميه دعوى الغبن الفاحش هو البيع[(٤)] لا الشراء. فإذا اشترى لقاصر أو المحجور عليه عقاراً ولو بغبن فاحش، فليست دعوى الغبن هى التى تحميه[(٥)]، وإنما تحميه الإجراءات المرسومة لهذا

(١) لو كان العقار عقاراً بالتخصيص فيدخل مع العقار الأصلى فى حساب الغبن.

(٢) ويستوى أن يكون العقار مفرزاً أو شائعاً - ولا يعتبر عقاراً المنقول بحسب المآل كما فى بيع البناء بقصد هدمه، وبيع الأشجار بقصد قلعها، وبيع حق استخراج المعادن والأحجار من المناجم والمحاجر (بودرى وسينيا فقرة ٦٨٠).

(٣) أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٨ هامش ٦- بودرى وسينيا فقرة ٦٨١- بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢٣٨ ص٢٨٥- ص٢٨٦).

(٤) على أنه لا يجوز الطعن، فى عهد التقنين المدنى السابق، فى بيع الوفاء بالغبن. وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه لا يجوز تطبيق قواعد الغبن الفاحش على عقد البيع الوفائى الصادر من ولى القاصر للغير عن جزء من أملاك القاصر، وذلك سواء أكان العقد عقد بيع وفائى أم كان المقصود به إخفاء رهن عقارى. وذلك لأن للبائع فى العقد الأول استرداد المبيع إذا رد الثمن فى الميعاد، ولأن المشترى فى العقد الثانى ليس له أى حق عينى على العين وإنما له دين عادى، وبذلك ينتفى حصول أى ضرر للقاصر من جراء تصرفات وليه فى ماله لإمكان استرداد العين المبيعة فى الحالتين (٣ يناير سنة ١٩٣٥ المجموعة الرسمية ٣٦ رقم ١١٧).

(٥) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن المشترى لا يستطيع الطعن فى الشراء بدعوى الغبن، ولو اشترى بأكثر من قيمة المبيع بما يزيد على الخمس (٧ يناير سنة ١٨٩١ م٣ ص١٢١). =

الغرض فى قانون الولاية على المال، وأهمها وجوب الحصول على إذن المحكمة كما سبق القول.

فالبيع وحده هو الذى تحميه دعوى الغبن. ويجب ألا يكون البيع حاصلا بالمزاد العلنى، لأن المزاد يفسح السبيل للحصول على أكبر ثمن ممكن للعقار المبيع. فإذا رسا المزاد بثمن يقل عن قيمة العقار بأكثر من الخمس ، فهذا دليل على أن العقار لا يجد مشترياً بأكثر من هذا الثمن، فلا محل إذن للطعن فى المبيع بالغبن. هذا إلى أن جعل البيع بالمزاد مهدداً بأن يطعن فيه بالغبن قد يكون سبباً لإحجام كثيرين من الدخول فى المزاد، فلا تتهيأ الأسباب كاملة للوصول بثمنه إلى أعلى مقدار ممكن، وتنقلب الحماية ضرراً لا نفعاً.

وقد كان المشروع التمهيدى للمادة ٤٢٧ مدنى تجرى على الوجه الآتى: «لا يجوز الطعن بالغبن فى بيع ينص القانون على أنه لا يتم إلا بطريق المزاد العلنى». فكان الطعن بالغبن ممتنعاً، بموجب هذا النص، فى بيع يحتم القانون أن يكون بالمزاد العلنى، وذلك كبيع عقار المدين للتنفيذ بالدين وبيع العقار لعدم إمكان قسمته عيناً. أما إذا كان البيع لا يتحتم قانوناً أن يكون بالمزاد العلنى، كبيع عقار غير كامل الأهلية والغائب[١]، فانه يجوز الطعن فيه بالغبن ولو حصل بالمزاد العلنى. ولكن نص المشروع التمهيدى حور فى لجنة المراجعة، واستقر النص فى المادة ٤٢٧ من التقنين المدنى الجديد على الوجه الآتى: «لا يجوز الطعن بالغبن فى بيع تم كنص القانون بطريق المزاد العلنى»[٢]. فأصبح، بموجب هذا النص، الطعن بالغبن ممتنعاً فى بيع عقار غير كامل الأهلية إذا اشترطت المحكمة بيعه بالمزاد العلنى، وتم البيع فعلا بالمزاد كنص القانون أى وفقاً للإجراءات التى رسمها تقنين المرافعات فى بيع عقار غير كامل الأهلية والغائب (م٤٥٩ – ٤٦٣ مرافعات)[٣].

= كذلك لا يجوز الطعن بالغبن فى المقايضة، أو تقديم عقار كحصة فى شركة، ولا فى الوفاء بدين مقابل هو عقار وإن كانت هذه الحالة الأخيرة محل شك (الأستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ١٥٣– الأستاذ جميل الشرقاوى ص٤٤).

(١) فهذا البيع يصح أن يقع بالمزاد العلنى وفقاً لإجراءات رسمها تقنين المرافعات (انظر المواد ٤٥٩– ٤٦٣)، وإن كان القانون لا يحتم ذلك. فقد يحصل الوصى على إذن المحكمة فى بيع عقار القاصر، وتقتصر المحكمة على أخذ رأى خبير فى قيمة العقار ومناسبة الثمن لهذه القيمة دون أن تحتم أن يكون البيع بالمزاد العلنى.

(٢) انظر آنفاً فقرة ٢١٧ فى الهامش.

(٣) انظر عكس ذلك الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقى ص١١٢ والأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٣٥ ص٦٢ – ص٦٣.

وفى معنى الرأى الذى نذهب إليه قضت محكمة النقض بأن المادة ٦١٤ مرافعات (قديم) لا توجب بيع عقار القاصر بطريق المزايدة، ولا يترتب البطلان على عدم اتباع هذا الطريق، كما أن قانون المجالس الحسبية الصادر فى سنة ١٩٢٥ لم يشر باتباع الإجراءات المنصوص عليها فى المادة المشار إليها. ولازم ذلك أن بيع عقار القاصر بالممارسة مع تصديق المجلس الحسبى لا مخالفة فيه للقانون ولا للمادة =

ويخلص مما قدمناه أنه لا يجوز الطعن بالغبن فى الأحوال الآتية: (١) إذا بيع عقار غير كامل الأهلية فى المزاد العلنى تنفيذاً لدين[١]. (٢) إذا بيع عقار غير كامل الأهلية فى المزاد العلنى لعدم إمكان قسمته عيناً. (٣) إذا بيع عقار غير كامل الأهلية فى المزاد العلنى تنفيذاً لأمر المحكمة التى أذنت فى البيع[٢].

ويجوز الطعن بالغبن فى الأحوال الآتية: (١) إذا باع ناقص الأهلية العقار بنفسه دون إذن أو إجازة، فيكون البيع قابلا الطعن فيه بدعوى الغبن وبدعوى الإبطال معاً[٣]. (٢) إذا

=المشار إليها. ويكون حكم النص المذكور غير واجب الاتباع إلا فى حالة بيع عقار القاصر المأذون فى بيعه من الجهة المختصة بالمزايدة (نقض مدنى ٢٥ مايو سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض١ رقم ١٣٤ ص٥٣٤).

(١) ويستوى أن يكون المزاد العلنى قضائياً أو إدارياً، فإذا بيع عقار محجوز بيعاً إدارياً لاستيفاء الضريبة، لم يجز الطعن فى البيع بالغبن، لأنه بيع تم بطريق المزاد العلنى كنص القانون (الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقى ص١١٢).

(٢) كذلك لا يجوز الطعن بالغبن فى نزع ملكية عقار مملوك لغير كامل الأهلية للمنفعة العامة، بحجة أن التعويض غير كاف وأنه ينطوى على غبن فاحش: فالمفروض أن صاحب العقار المنزوع ملكيته قد طرق السبل القانونية التى فتحها له القانون لجعل التعويض عادلا لا ينطوى على غبن (كولان وكابيتان ٢ فقرة ٨٧٨ ص٥٨٦ – جوسران٢ فقرة ١٠٥٢ ص٥٥١– الأستاذان أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ٤٧١).

(٣) فإذا أجاز القاصر البيع بعد بلوغ سن الرشد، زال سبب الإبطال وبقى سبب الغبن، فيجوز له حينئذ أن يطعن فى البيع بالغبن. وتتحقق مصلحته فى ذلك إذا نزلت قيمة العقار المبيع وقت الطعن بالغبن عما كانت وقت البيع، فان هو طعن بالإبطال استرد عقارا قد تكون قيمته أقل مما كانت وقت البيع بأكثر من الخمس. فتكون له إذن مصلحة فى أن يطعن بالغبن دون الإبطال حتى يستكمل أربعة أخماس قيمة العقار وقت البيع، فيكسب من دعوى الغبن أكثر مما يكسب من دعوى الإبطال. مثل ذلك أن تكون قيمة العقار وقت البيع ستمائة، فيبيعه القاصر بثلثمائة. فإذا بلغ سن الرشد، وقد نزلت قيمة العقار إلى أربعمائة، كانت إجازة البيع واستكمال أربعة أخماس قيمة العقار وقت البيع بدعوى الغبن خيراً للبائع من إبطال البيع واسترداد العقار مع رد ثمنه. ذلك أنه فى الحالة الأولى يكسب مائة وثمانين، وهو المقدار الذى يستكمل به أربعة أخماس قيمة العقار. أما فى الحالة الثانية فيسترد عقاراً قيمته وقت استرداده أربعمائة، ويرد الثمن وهو ثلثمائة، فالفرق الذى يكسبه هو مائة فقط.

وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد، وكان نظام المجالس الحسبية إذ ذاك قائماً، ما يأتى: «هذا ويلاحظ أن نظام المجالس الحسبية يمنع فى أحوال كثيرة من تطبيق هذه الأحكام، فان بيع عقار القاصر والمحجور عليه يكون عادة بقرار من المجلس الحسبى بعد اتخاذ الإجراءات اللازمة لمنع الغبن، على أن الغبن يتصور وقوعه بالرغم من ذلك، كما إذا باع القاصر عقاره بثمن بخس دون الرجوع إلى المجلس الحسبى. فيكون البيع قابلا للبطلان من جهة، وقابلا للطعن عليه بالغبن من جهة أخرى. وقد يجيز القاصر البيع بعد بلوغ سن الرشد، ثم يطعن فيه بالغبن إذا كانت له مصلحة فى ذلك. وتتحقق المصلحة إذا نزلت قيمة العقار المبيع وقت الطعن بالغبن =

باع الأب مال ولده فيما لا تزيد قيمته على ثلثمائة جنيه، إذ لا يحتاج في هذه الحالة إلى الحصول على إذن من المحكمة[1](1). (٣) إذا باع الولي أو الوصي أو القيم مال المحجور بعد الحصول على إذن من المحكمة وبعد أن أخذت المحكمة رأى الخبير، ولكن دون أن يكون البيع حاصلا بالمزاد العلني لعدم اشتراط المحكمة ذلك. فقد يقع في هذه الحالة الأخيرة غبن يزيد على الخمس، وذلك بالرغم من رأى الخبير الذي وافق على البيع، وبالرغم من أن المحكمة كانت تملك رفض الإذن إذا كان الغبن يزيد على خمس القيمة.

ولا يمنع من الطعن في البيع بالغبن أن يكون البيع احتمالياً، إذ يجوز أن يداخل الغبن البيع الاحتمالي. فإذا بيع عقار محجوز عليه بايراد مرتب مدى حياته وكان هذا الإيراد لا يزيد على ريع العقار، فالثمن هنا جدى ولكنه ثمن بخس، وقد لحق البائع منه غبن فاحش، فيجوز الطعن في البيع بالغبن[2].

=عما كانت وقت البيع، بحيث تكون تكملة الثمن التي يحصل عليها من وراء الطعن بالغبن خيرا له من استرداد المبيع إذا هو طعن في البيع بالبطلان» (مجموعة الأعمال التحضيرية٤ ص٤٠- ص٤١).

وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن بيع الولي لمال القاصر بغبن فاحش يعطى الحق في طلب تكملة الثمن لا في طلب بطلان العقد، أما إذا باشر القاصر البيع بنفسه فيكون له الحق عند وجود الغبن الفاحش في رفع إحدى دعويين، هما دعوى بطلان التصرف لعدم الأهلية ودعوى تكملة الثمن (٣ أكتوبر سنة ١٩٣٥ المجموعة الرسمية ٣٦ رقم ١١٧).

ومع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه يجوز الطعن بالغبن في عقد وقع ممن حل محل القاصر شرعاً في التعامل عنه، أما إذا صدر البيع من القاصر نفسه فان القاصر يجوز له طلب أبطال هذا البيع لنقص الأهلية (٢٤ يناير سنة ١٩١١ الحقوق ٢٧ ص٦٧).

(١) الأستاذ سليمان مرقس فقرة ١٢٥ ص١٧٥- ١٧٦- الأستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ١٥٣ ص٢٢٣.

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢١٦ في الهامش - كذلك إذا كان العقار المبيع هو حق انتفاع مدى حياة المنتفع أو حق رقبة انفصل عن حق انتفاع مدى حياة المنتفع، فإن هذا بيع احتمالي، لكن يجوز أن يدخله الغبن (أنظر في تطور هذه المسألة في القضاء الفرنسي وانتهائه إلى إقرار هذا المبدأ بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢٣٩؛ وانظر كولان وكابيتان ٢ فقرة ١٠٥٢- أنسيكلوبيدى داللوز ٥ لفظ vente فقرة ٤٨٩ - فقرة ٤٩٧ - الأستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ٣٥ ص٦١ - ص٦٢- الأستاذ إسماعيل غانم ص٥٨- الدكتور توفيق فرج في نظرية الاستغلال رسالة من الاسكندرية سنة ١٩٥٧ ص٢٦٠ - ص٢٧٢- وقارن الأستاذين نجيب الهلالي وحامد زكي فقرة ٤٧٧).

(1) تنص المادة السابعة من المرسوم بقانون ١١٩ لسنة ١٩٥٢ في فقرتها الثانية على أنه «لا يجوز للمحكمة أن ترفض الاذن إلا إذا كان التصرف من شأنه جعل اموال القاصر في خطر أو كان فيه غبن يزيد على خمس القيمة قاصر على التصرفات الخاضعة لاستئذان المحكمة» وإذ كان عقد البيع الصادر من الولي الشرعي بيع أطيان النزاع - التي آلت للقاصر بطريق التبرع من ابيه - إلى المطعون=

٢٢٢- الشرط الرابع - الثمن يقل عن قيمة العقار المبيع وقت البيع بأكثر من الخمس: والغبن لا يكون فاحشاً إلا إذا زادت قيمة العقار المبيع وقت البيع على ثمنه بأكثر من خمس القيمة. أما إذا بيع العقار بثمن هو أربعة أخماس قيمته وقت البيع أو بثمن أكثر من ذلك، فلا محل للطعن في البيع بدعوى الغبن. ونقف هنا عند رقم محدود لا نتعداه، وهذا الرقم مأخوذ من الفقه الإسلامي ففيه أن الغبن الفاحش هو ما يزيد على الخمس، ومن ثم كان معيار الغبن موضوعاً بخلاف الاستغلال فان معياره ذاتي[١] كما قدمنا.

والعبرة في تقويم العقار، لحساب مقدار ما وقع من غبن، بوقت البيع[٢]، لا بوقت الطعن بالغبن. فإذا كانت قيمة العقار ألفاً وبيع بسبعمائة، كان هناك غبن يزيد على خمس قيمة العقار وقت البيع. ومن ثم يجوز الطعن في هذا البيع بالغبن، واستكمال المائة التي يقل بها الثمن عن أربعة أخماس القيمة، حتى لو نزلت قيمة العقار وقت الطعن بالغبن إلى سبعمائة فأصبح الثمن مساوياً لقيمة العقار وقت رفع الدعوى(1).

=ضدها الأولى غير مقيد بصدور اذن من المحكمة بابرامه، فان الحكم المطعون فيه إذ قضى بصحته ونفاذه لا يكون قد خالف القانون أو أخطأ في تطبيقه.

(جلسة ١٩٨٠/٥/١٩ الطعن ٩٥٧ لسنة ٤٩ق)

(١) فلا يشترط في الغبن أن تكون إرادة المغبون معيبة، بل يصح أن يكون على بينة من أمره غير مضغوط عليه وقد باع مختاراً بهذا الغبن الفاحش. أما في الاستغلال فلابد أن يكون قد استغل في المغبون طيشه البين أو هواه الجامح.

ومن ذلك نرى أن دعوى الغبن ترجع في طبيعتها لا إلى عيب في الإرادة ولا إلى نقص في الأهلية ولا إلى تخلف السبب جزئياً ولا إلى مسئولية تقصيرية، وإنما يرجع إلى فكرة التعادل ما بين المبيع والثمن، ولذلك جاء الكلام فيها بعد الكلام في تقدير الثمن، وهكذا فعل التقنين المدني الجديد. والقانون عندما يتطلب هذا التعادل في حالة القاصر والمحجور لا يتسامح إلا في يسير لا يزيد على خمس القيمة، ولذلك كان الغبن الفاحش عيباً في العقد ذاته أي في التعادل ما بين المبيع والثمن (الأستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ١٥٢ - وقارن الأستاذ جميل الشرقاوى ص٤٧- ص٤٩).

(٢) كذلك إذا كان البيع إنما وقع تنفيذاً لوعد سابق بالبيع ذكر فيه الثمن، فالعبرة بقيمة العقار وقت ظهور رغبة الموعود له، بالبيع في شراء العقار، إذ في هذا الوقت يتم البيع. ولا يعتد بوقت الوعد بالبيع، وقد ترتفع قيمة العقار أو تنخفض كما قد تتغير قيمة العملة، والاعتبار في كل ذلك إنما يكون بالوقت الذي يتم فيه البيع أي عند ظهور رغبة الموعود له في الشراء (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢٤٤).

(1) أ- مفاد النص في الفقرة الأولى من المادة ٤٢٥ من القانون المدني أنه يشترط للتمسك بالغبن في البيع وفقا له أن يكون مالك غير كامل الأهلية سواء كان فاقدها أو كان ناقصها وقت البيع وأن هذا الدفع فيما لو ثبت صحته وتوافرت شروطه لا يؤدي إلى إبطال العقد وانما هو سبب لتكملة الثمن.

(جلسة ١٩٩٤/٢/٢٣ الطعن ٦٥١ لسنة ٥٩ق)

ب- يشترط لتحقق الغبن الفاحش في بيع عقار غير كامل الأهلية أن يقل الثمن عن قيمة العقار وقت البيع بأكثر من الخمس، وتقدير ما إذا كانت قيمة العقار تزيد على الثمن بأكثر من خمس =

وكذلك العبرة بالثمن الذى يستحقه صاحب العقار المبيع، ولا تدخل المصروفات فهى لا تعود على صاحب العقار بفائدة(١).

ب- ما يترتب من الأثر على تحقق الغبن الفاحش

٢٢٣- دعوى تكملة الثمن: ليس الغبن سبباً من أسباب إبطال البيع وإنما هو سبب لتكملة الثمن(٢). ذلك أن المشرع لا يسمح بأن يباع عقار غير كامل الأهلية بأقل من أربعة أخماس قيمته، فإذا بيع بأقل من ذلك لم يبطل البيع، ولكن يستكمل الثمن إلى أن يصل إلى أربعة أخماس القيمة(٣). وبذلك يتحقق غرض المشرع من أن غير كامل الأهلية لا يغبن فى أكثر من الخمس، وهو المقدار الذى يتغابن فيه الناس عادة. ولا يكون الغبن سبباً فى إبطال البيع، إلا إذا كان نتيجة غلط أو تدليس(٤).

والذى يرفع الدعوى هو صاحب العقار المبيع، بنفسه أو بورثته من بعده أو بواسطة وليه. يرفعها بنفسه عند بلوغه سن الرشد وإجازته للبيع إذا كان هو الذى باشره. فإذا مات

=القيمة هو من سلطة محكمة الموضوع ما دامت قد أقامت قضاءها على اسباب سائغة، ولما كان يبين من الحكم المطعون فيه أنه لم يتقيد فى تقدير قيمة الأطيان المبيعة باحكام المادة التاسعة من القانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٦٩ فى شأن قيمة التعويض الذى كان يستحق عن هذه الأطيان فى حالة استيلاء الحكومة عليها وانما اتخذ من تحديد الثمن بالعقد مبلغ يماثل قيمة التعويض المذكور قرينة على أن الثمن المتفق عليه فى العقد ليس فيه غبن فاحش وهو تدليل سائغ يؤدى إلى النتيجة التى انتهى إليها الحكم، وكان الطاعن لم ينازع أمام محكمة الموضوع فى أن الثمن المحدد فى العقد يماثل سبعين مثل الضريبة المربوطة على الاطيان المبيعة - وهو قيمة التعويض المنصوص عليه فى المادة التاسعة مما يكون معه النعى فى هذا الخصوص سببا جديدا لا يجوز التحدى به لأول مرة أمام محكمة النقض، لما كان ذلك فان النعى يكون على غير أساس.

(جلسة ١٩٧٦/٢/٣ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٧ ص٣٧٦)

(١) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢٤٣ ص٢٩٥.

(٢) استئناف وطنى ٣٠ أبريل سنة ١٩٢٣ المحاماة ٤ رقم ١/١٨١ ص١٥٠ - استئناف مختلط ٣٠ مايو سنة ١٨٩٥ م٧ ص٣٠٩.

(٣) فإذا كان الثمن إيراداً مرتباً مدى الحياة، قدرت تكملة الثمن وفقاً للحساب المتبع فى شركات التأمين (بلانيول وريبير وهامل ١٠ ص٣٠٢ هامش٣).

ولم ينص التقنين المدنى المصرى، كما نص التقنين المدنى الفرنسى (م١٦٨٢)، على أن للبائع المطالبة أيضاً بفوائد تكملة الثمن بالسعر القانونى من وقت المطالبة القضائية بتكملة الثمن. فلابد من اتباع القواعد العامة فى مصر، فلا تكفى المطالبة القضائية بتكملة الثمن لاستحقاق الفوائد بالسعر القانونى، بل لابد من المطالبة القضائية بالفوائد ذاتها.

(٤) استئناف مختلط ٤ يناير سنة ١٩٠٠ م١٢ ص٦٨- ٢٧ يناير سنة ١٩٢١ م٣٣ ص١٥٥- ١٨ يناير سنة ١٩٣٩ م٥١ ص١٢١.

قبل بلوغ سن الرشد أو بعد بلوغه هذه السن وقبل تقادم دعوى الغبن، رفعها ورثته من بعده(١). ويرفعها وليه نيابة عنه إذا كان هو لا يزال قاصراً، سواء باشر القاصر البيع بنفسه أو باشره عنه الولى بعد إذن المحكمة(٢). وترفع الدعوى على المشترى أو ورثته، لأن تكملة الثمن التزام فى ذمة المشترى(٣). وترفع أمام المحكمة التى يوجد فى دائرتها موطن المشترى، لأنها دعوى بحق شخصى(٤). وعلى المدعى، أى صاحب العقار المبيع، أن يثبت حقه فى تكملة الثمن، فيثبت أن قيمة العقار وقت البيع تزيد على الثمن بأكثر من خمس القيمة، وله أن يطلب تعيين خبير لتقدير قيمة العقار وقت البيع. فإذا أثبت ذلك، حكم القاضى على المشترى بتكملة الثمن إلى أن يبلغ أربعة أخماس قيمة العقار وقت البيع. ولصاحب العقار أن ينفذ بهذا الحكم على جميع أموال المشترى، ويدخل فى ذلك العقار المبيع ذاته، لأن الحق شخصى فى ذمة المشترى كما قدمنا فجميع أمواله ضامنة للوفاء به. بل إن تكملة الثمن - وهى جزء من الثمن - تكون مكفولة أيضاً بحق امتياز البائع على العقار المبيع(٥). فإذا بقى العقار فى ملك المشترى، فان البائع بماله من حق امتياز يتقدم فيه على سائر دائنى المشترى ويستوفى حقه قبلهم من ثمن هذا العقار. أما إذا تصرف فيه المشترى، معاوضة أو تبرعاً، فللبائع أن يتتبعه فى يد الغير بحق امتيازه إذا كان قد قيده قبل شهر التصرف الصادر من المشترى.

وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٤٢٦ مدنى، كما رأينا، على أن «يسقط بالتقادم دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن إذا انقضت ثلاث سنوات من وقت توافر الأهلية أو من اليوم الذى يموت فيه صاحب العقار المبيع». وقد جعل التقنين المدنى الجديد مدة التقادم ثلاث سنوات - وكان التقنين المدنى السابق يجعلها سنتين(٦) حتى يتسق التشريع فى

(١) والدعوى لا تتجزأ، فإذا تعدد الورثة وجب أن يتفقوا جميعا على رفعها (بلانيول وهامل ١٠ فقرة ٢٤٠ ص٢٩١).

(٢) استئناف مصر ٣ أكتوبر سنة ١٩٣٥ المجموعة الرسمية ٣٦ رقم ١١٧ - الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٧٤ ص١١٥- الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٣٦ ص٦٣- وقارن الأستاذين أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ٤٧٤ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ١٢٥ ص١٧٤- الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ١١١.

(٣) وإذا أخذ شفيع العقار بالشفعة، حل محل المشترى فى الالتزام بتكملة الثمن، ورفعت الدعوى عليه (الأستاذ أنور سلطان فقرة ٦٥ ص٨٦).

(٤) أما فى فرنسا فهى دعوى فسخ يتفاداها المشترى بتكملة الثمن، ومن ثم فهى دعوى مختلطة (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢٣٧ ص٤٨٤).

(٥) ويجب شهر حق الامتياز عن طريق قيد تكميلى يأخذ مرتبته من وقت القيد (الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقى ص١١٥).

(٦) فإذا كانت دعوى الغبن قد تقادمت بسنتين قبل يوم ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩، وهو يوم تقادم التقنين الجديد، فإنها تسقط. أما إذا كانت مدة السنتين لم تنقض فى هذا اليوم، طبقت أحكام التقنين الجديد وأكملت مدة التقادم إلى ثلاث سنوات.

٢ – تحليل معنى نقل الملكية

٢٣٣ – الالتزام بنقل الملكية ونقل الملكية فعلا : يجب التمييز بين ترتيب البيع التزام بنقل الملكية وبين تنفيذ هذا الالتزام بنقل الملكية فعلا ، وإن كان الالتزام بنقل الملكية يتم تنفيذه كقاعدة عامة فوراً بمجرد نشوئه . على أنه قد يسبق تنفيذ الالتزام بنقل الملكية أعمال تمهيدية يلتزم بها البائع ، ولابد على كل حال من توافر شروط معينة حتى تم نقل الملكية فعلا . فاذا قام البائع بما عسى أن يكون ضرورياً من الأعمال التمهيدية لنقل الملكية، وتوافرت الشروط الواجبة لنقلها ، انتقلت فعلا من البائع إلى المشترى بحكم القانون وقد كسبها المشترى بعقد البيع .

فنتكلم إذن فى القاعدة التى تقضى بأن الالتزام بنقل الملكية يتم تنفيذه فوراً بحكم القانون ، وفى التزام البائع بالأعمال التمهيدية الضرورية لنقل الملكية ، وفى الشروط الواجب توافرها لنقل الملكية فعلا .

٢٣٤ – الالتزام بنقل الملكية يتم تنفيذه فورا بحكم القانون : جرى التقنين المدنى المصرى على تقاليد القوانين اللاتينية فى الطريق التى بموجبها ينقل البيع الملكية إلى المشترى. فالبيع ينشئ أولا التزاما فى جانب البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشترى ، ثم يتم تنفيذه هذا الالتزام فوراً بحكم القانون ، إذا توافرت الشروط المطلوبة ، فتنتقل الملكية فعلا إلى المشترى . فيبدو أن نقل الملكية كان أثراً مباشراً لعقد البيع ، ولكن نقل الملكية من ناحية الصناعة الفنية ليس إلا تنفيذاً للالتزام بنقلها ، والأثر المباشر لعقد البيع هو إنشاء هذا الالتزام.

فالقاعدة إذن أن الالتزام بنقل الملكية ينقل الملكية من تلقاء نفسه متى قام البائع بما عسى أن يكون ضرورياً من الأعمال التمهيدية لنقلها [1] ، ومتى توافرت الشروط الواجبة لذلك، وهذا ما قررته المادة ٢٠٤ مدنى إذ تقول : «الالتزام بنقل الملكية أو أى حق عينى آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم ، وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل» . ثم أكدته المادة ٩٣٢ مدنى وأحالت على النص السالف الذكر إذ تقول : «تنتقل الملكية وغيرها من الحقوق العينية فى المنقول والعقار بالعقد، متى ورد على محل مملوك للمتصرف طبقاً للمادة ٢٠٤ ، وذلك مع مراعاة النصوص الآتية» [1] .

(1) استيفاء عقد البيع أركان انعقاده وشروط صحته . إثره . التزام البائع بالقيام بما هو ضرورى لنقل الملكية إلى المشترى عملا بنص المادة ٤٢٨ مدنى ، التزام البائع بذلك هو التزام بعمل يمكن تنفيذه عيناً.

(جلسة ١٩٩٧/١١/٢٥ الطعن ٢٥١٥ لسنة ٦١ ق)

(١) وقد نصت المادة ٣٩٣ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى على ما يأتى : «إن بيع العقار أو الحقوق العينية المترتبة على أى عقار لا يكون له مفعول حتى بين المتعاقدين إلا من تاريخ قيده فى =

وقد سبق أن عالجنا هذه المسألة فى الجزء الثانى من الوسيط [1] ، فكتبنا ما يأتى : «يلاحظ أن التقنين الجديد سار على النظرية التقليدية من أن نقل الملكية يسبقه التزام بنقلها، وهذا الالتزام يتم تنفيذه من تلقاء نفسه فتنتقل الملكية إلى الدائن بحكم القانون ، وينقضى الالتزام بنقل الملكية بمجرد نشوئه . وهذا الوضع بقية تخلفت عن تقاليد القانون الرومانى والقانون الفرنسى القديم ، حيث كانت الملكية لا تنتقل بالعقد» . ثم كتبنا فى الحاشية «ويذهب بنكاز Bonnecase إلى أنه لا يوجد اليوم ما يمنع من القول بأن العقد ذاته ينقل الملكية دون افتراض التزام موهوم يسبق نقل الملكية ، وينقضى بمجرد أن ينشأ. ويكفى للوصول إلى هذه النتيجة القول بأن العقد حرك القانون فجعله ينقل الملكية، وبذلك يكون القانون لا العقد هو الذى رتب الأثر : أنظر التصرف القانونى والواقعة القانونية دروس لقسم الدكتوراه للمؤلف ص ٧٧ . على أنه فى بلد تتبع نظام السجل العقارى Livre Foncier يبرز التمييز بين الالتزام بنقل الملكية ونقل الملكية بالفعل : فالعقد لا ينقل الملكية بنفسه بل يقتصر على إنشاء التزام بنقلها ، أما نقل الملكية بالفعل فلا يتم إلا بتسجيل العقد فى السجل العقارى . وفى فترة الانتقال التى تجتازها مصر اليوم إلى نظام السجل العقارى يبرز أيضاً هذا الفرق بين الالتزام بنقل الملكية ونقل الملكية بالفعل ، فالعقد ينشئ التزاما بنقل الملكية ، ولا تنتقل الملكية إلا بالتسجيل» .

قلنا أنه قد توجد أعمال ضرورية يلتزم البائع القيام بها تمهيداً لنقل الملكية ، وهناك شروط يجب توافرها حتى يتم تنفيذ الالتزام بنقل الملكية فوراً بحكم القانون فتنتقل الملكية فعلا إلى المشترى ، فما هى هذه الأعمال ؟ وما هى هذه الشروط ؟ [2] .

٢٣٥ – التزام البائع بالأعمال التمهيدية الضرورية لنقل الملكية – نص قانونى : تنص المادة ٤٢٨ من التقنين المدنى على أنه «يلتزم البائع أن يقوم بما هو ضرورى لنقل الحق المبيع إلى المشترى ، وأن يكف عن أى عمل من شأنه أن يجعل نقل الحق مستحيلا أو عسيراً» [3] .

= السجل العقارى» . ونصت المادة ٣٩٤ من نفس التقنين ما يأتى : «إن المشترى يكتسب حتماً ملكية المبيع إذا كان عيناً عندما يصبح البيع تاماً باتفاق المتعاقدين ، ما لم يكن ثمة نص قانونى مخالف كالنص الوارد فى المادة السابقة . ويكون الأمر كما تقدم حتى فى الحالتين الآتيتين : أولا – إذا كان التسليم أو دفع الثمن مربوطاً بأجل . ثانياً – إذا كان البيع منعقد على شرط الالغاء» .

(١) فقرة ٤١٦ .

(٢) قارن الأستاذ عبدالفتاح عبدالباقى فقرة ١١ ص ١٥ – ص ١٦ وفقة ٨٠ ص ١٢١ .

(٣) **تاريخ النص:** ورد هذا النص فى المادة٥٦٨ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد. وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٤٤١ من المشروع النهائى. ووافق عليه مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٢٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية٤ ص٤٢ – ص٤٣).

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق ، ولكن حكمه كان معمولا به دون نص لاتفاقه مع القواعد العامة .

=

دعاوى الإبطال مع دعوى تكملة الثمن[1]. فإذا كان صاحب العقار المبيع صبياً، فلوليه أن يرفع دعوى تكملة الثمن طوال المدة التي يبقى فيها الصبى غير كامل الأهلية، حتى إذا بلغ سن الرشد فله هو أن يرفع دعوى تكملة الثمن فى خلال الثلاث السنوات التى تلى بلوغه هذه السن. فان مات قبل انقضاء الثلاث السنوات، كان لورثته رفع الدعوى فى المدة الباقية. وإن مات قبل بلوغه سن الرشد، فللورثة رفع الدعوى فى خلال ثلاث سنوات من وقت موته. والمدة مدة تقادم لا مدة سقوط، فيرد عليها من أسباب الانقطاع ما يرد على سائر مدة التقادم. ولكنها لا توقف، لأن التقادم الذى لا تزيد مدته على خمس سنوات لا يرد عليه الوقف بسبب عدم توافر الأهلية ولو لم يكن للدائن نائب يمثله (م٢/٣٨٢ مدنى). أما إذا كان صاحب العقار محجوراً عليه، فانه يكون للقيم أن يرفع دعوى تكملة الثمن طوال مدة الحجر. فان مات صاحب العقار وهو لا يزال محجوراً عليه، فلورثته رفع الدعوى فى خلال ثلاث سنوات من وقت موته. وإذا رفع الحجر كان لصاحب العقار نفسه أو لورثته من بعده رفع الدعوى فى خلال الثلاث السنوات التى تلى رفع الحجر على النحو الذى تقدم فى شأن القاصر[2].

وقد قدمنا أن دعوى تكملة الثمن قد يقترن بها دعوى إبطال البيع لنقص الأهلية[3]. ودعوى الإبطال هذه تسقط هى أيضاً بالتقادم إذا انقضت ثلاث سنوات من وقت توافر الأهلية أو من وقت موت البائع، فمدة التقادم واحدة لكل من الدعويين.

٢٢٤- دعوى الفسخ: ولصاحب العقار المبيع إذا لم يدفع له المشترى تكملة الثمن بعد الحكم بها عليه، أن يطلب أيضاً فسخ البيع، شأنه فى ذلك شأن كل بائع لم يستوف

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية٤ ص٣٩- وانظر آنفاً فقرة ٢١٧ فى الهامش.

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد: «وتسقط الدعوى بثلاث سنوات من وقت الأهلية الكاملة أو من وقت وفاة غير كامل الأهلية، وتنتقل الدعوى فى هذه الحالة إلى الورثة، ولا يوقف التقادم حتى لو كان بين الورثة من هو غير كامل الأهلية ولم يكن له نائب شرعى» (مجموعة الأعمال التحضيرية٤ ص٤٠).

ويلاحظ أنه إذا بلغ البائع سن الرشد أو انتهى الحجر فبدأ سريان مدة الثلاث السنوات، فإن هذه المدة لا تقف ولو حجر فى خلالها على البائع، لأن الوقف لا يرد عليها كما سبق القول (الأستاذان أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ٤٧٦).

ويجوز بعد أن يستكمل البائع أهليته أن ينزل عن دعوى تكملة الثمن وعن دعوى الإبطال. أما وهو لا يزال غير كامل الأهلية، فلا يجوز له ذلك، بل لا يجوز ذلك أيضاً للولى ولا للمحكمة (الأستاذان أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ٤٧٣).

(٣) أما دعوى الاستغلال فتعطى لكامل الأهلية، إذ أن غير كامل الأهلية ليس فى حاجة إليها وعنده ما هو أقوى منها وهى دعوى الإبطال (قارن الأستاذ جميل الشرقاوى ص٤٧).

الثمن بأكمله[1]. فإذا فسخ البيع، استرد البائع العقار ورد ما قبضه من الثمن، ولكن له أن يطلب الحكم على المشترى بتعويض[2].

ويسترد البائع العقار بعد الفسخ من تحت يد المشترى. فإذا كان المشترى قد تصرف فى العقار معاوضة أو تبرعاً، فان المتصرف إليه إذا كان حسن النية - وحسن النية مفروض فيه[3]- لا يصيبه ضرر من دعوى الفسخ. ذلك أن دعوى تكملة الثمن وما ينتج عنها من دعوى الفسخ لا تلحق ضرراً بالغير حسن النية إذا كسب حقاً عينياً على العقار المبيع (م٢/٤٢٦ مدنى)[4]. ومن ثم لا يستطيع البائع أن يسترد العقار من تحت يد الغير حسن النية، ولا يبقى له إلا الرجوع بالتعويض على المشترى[5]. فإذا استطاع البائع أن يثبت سوء نية الغير أى أن يثبت أن الغير كان يعلم وقت تعامله مع المشترى بقيام دعوى تكملة الثمن، جاز له بعد فسخ البيع أن يسترد العقار من تحت يد الغير سيئ النية.

وغنى عن البيان أن دعوى الفسخ مستقلة عن دعوى تكملة الثمن، وإن كانت تقوم نتيجة لها[6]. فلا تسقط دعوى الفسخ إلا بانقضاء خمس عشرة سنة من وقت قيام سبب الفسخ أى من وقت امتناع المشترى عن دفع تكملة الثمن، وهذا بخلاف دعوى تكملة الثمن فانها تسقط بثلاث سنوات على التفصيل الذى قدمناه.

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى: «فإذا حكم بالتكملة، ولم يدفعها البائع، جاز فسخ البيع - لا إبطاله - تطبيقاً للقواعد العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية٤ ص٤٠). ولصاحب العقار المبيع كذلك أن يمتنع عن تسليم المبيع إلى المشترى، إذا كان لم يسلمه إياه، وذلك إلى أن يستوفى تكملة الثمن، وهذا هو الدفع بعدم تنفيذ العقد.

(٢) فإذا كانت قيمة العقار قد نزلت إلى أقل من أربعة أخماسها، واسترد البائع العقار، كان له أن يطلب تعويضاً هو الفرق بين أربعة أخماس قيمة العقار وقت البيع وقيمته بعد النزول.

(٣) ولكنه يعتبر سيئ النية من وقت أن يسجل البائع عريضة دعوى الفسخ، فإذا لم يكن المتصرف إليه قد شهر حقه العينى - ملكية أو حق ارتفاق أو حق رهن أو حق اختصاص أو غير ذلك - قبل تسجيل عريضة دعوى الفسخ، سرى الفسخ فى حقه. أما إذا كان قد شهر حقه قبل تسجيل عريضة دعوى الفسخ، فلا يسرى فى حقه الفسخ إذا كان حسن النية، فان كان سيئ النية سرى الفسخ فى حقه.

(٤) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية٤ ص٤٠.

(٥) ولا يكتفى فى التعويض باستكمال الثمن إلى أربعة أخماس قيمة المبيع، بل يطلب قيمة المبيع كاملة إذا كانت هذه القيمة لم تنزل. ذلك أن البائع بعد الحصول على حكم بفسخ البيع، انتقل حقه من استكمال الثمن إلى استرداد المبيع ذاته، فإن تعذر عليه الاسترداد بفعل المشترى وجب على هذا تعويض كامل أى دفع قيمة المبيع (قارن الأستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ١٥٥).

(٦) وفى القانون الفرنسى، كما رأينا، يطلب البائع فسخ البيع، فيستطيع المشترى أن يتفادى الفسخ بتكملة الثمن. فالبائع فى القانون الفرنسى يبدأ بدعوى الفسخ، وينتهى بتكملة الثمن. أما البائع فى القانون المصرى فيبدأ بدعوى تكملة الثمن، وينتهى بالفسخ.

الفصل الثانى

الآثار التى تترتب على البيع

٢٢٥ – تطبيق القواعد العامة : البيع عقد ملزم للجانبين ، فالآثار التى تترتب عليه هى التزامات فى جانب البائع والتزامات مقابلة فى جانب المشترى [(١)] .

ونبحث هنا التزامات البائع ، ثم التزامات المشترى [(٢)] .

---

(١) فإذا لم يقم أحد المتباعين بالتزاماته ، جاز للآخر وفقاً للقواعد العامة ، فسخ البيع . وجاز له أيضاً حبس المبيع إذا كان هو البائع ، أو حبس الثمن إذا كان هو المشترى . وللبائع حق امتياز على المبيع يكفل له استيفاء الثمن بأكمله ، ومحل بحثه عند الكلام فى حقوق الامتياز .

(٢) ويلاحظ أنه فى تفسير التزامات كل من البائع والمشترى تسرى القاعدة التى تقضى بأن يكون التفسير لمصلحة الملتزم ، فيكون تفسير التزامات البائع لمصلحة البائع وتفسير التزامات المشترى لمصلحة المشترى . وقد قضت المادة ١٦٠٢ من التقنين المدنى الفرنسى بأن التفسير يكون دائماً لمصلحة المشترى ، وقد اعتبر القضاء الفرنسى هذا النص استثناء فلم يتوسع فى تطبيقه ، وقصره على الشروط المألوفة فى المبايعات ، أما الشروط غير المألوفة التى تعهد بها البائع فتفسر لمصلحته (بودرى وسينيا فقرة ٢٨٣ – فقرة ٢٨٤ – وانظر آنفا فقرة ٢٤) .

وقد كان القضاء المختلط يفسر البيع لمصلحة المشترى إذا تطرق الشك إلى بيان الشئ المبيع مع أن هذا داخل فى التزامات البائع فكان ينبغى أن يفسر لمصلحته لا لمصلحة المشترى . وكان هذا القضاء يستند فى ذلك إلى أن البائع أدرى بالشئ المبيع ، فاذا لم يبينه بياناً كافياً فهو المقصر وفسر الشك ضده (استئناف مختلط ٢٩ ديسمبر سنة ١٩١٠ م ٢٣ ص ٩٥ – ١٩ يناير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١١٩ – ١٠ مايو سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١٤٨ – ٢٩ مارس سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٩٨) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة أيضا بأنه إذا أخذ المشترى على عاتقه قيمة الرهن الذى يثقل العين المبيعة ، فالفرق بين قيمة الرهن الحقيقية والقيمة المسماة فى عقد البيع يفيد منها المشترى لأن الشرط يسر لصالحه (استئناف مختلط ٦ يونية سنة ١٩٠١م ١٣ ص ٣٦٢) . وكان القضاء المختلط يجرى بذلك على حكم نص التقنين المدنى الفرنسى ، مع أن نص المادة ١٠٦٢ من هذا التقنين لم تنقل فى التقنين المدنى المختلط . على أن محكمة الاستئناف المختلطة قضت مع ذلك فى حكم لها بأن القواعد العامة هى التى تسرى فى تفسير التزامات كل من البائع والمشترى ، فالشك فى الثمن يفسر لمصلحة المشترى والشك فى المبيع يفسر لمصلحة البائع (استئناف مختلط ١٩ أبريل سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٥٥) .

وقد قضت محكمة النقض أخيراً بأنه متى تبين أن محكمة الموضوع قد فسرت شروط البيع فى خصوص تحديد كمية البيع تفسيراً سائغاً لم تخرج به عن حد حمل عباراتها على ما يمكن أن تحتمله ، ودعمت حكمها فى هذا الخصوص بما يؤيده من اعتبارات معقولة ، فإن ذلك مما يدخل فى السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع التى لا رقابة لمحكمة النقض عليها (نقض مدنى ٢٠ مارس ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ رقم ٢٩ ص ٢٢٣) .

الفرع الأول

التزامات البائع

٢٦٦ – التزامات أربعة : يلتزم البائع بموجب عقد البيع ذاته دون حاجة إلى اتفاق خاص، بالتزامات أربعة : (١) نقل ملكية المبيع إلى المشترى (٢) تسليم المبيع له (٣) ضمان التعرض والاستحقاق (٤) ضمان العيوب الخفية [(١)] .

المبحث الأول

نقل ملكية المبيع

٢٢٧ – المقصود بالمبيع – تفرق النصوص القانونية : قدمنا [(٢)] أن المبيع قد يكون حق ملكية وهو الغالب ، وقد يكون حقاً عينياً آخر متفرعاً من حق الملكية كحق الانتفاع وحق الرقبة وحق الارتفاق وحق الحكر ، كما يكون حقا شخصيا فيسمى البيع عندئذ بحوالة الحق، بل قد يكون المبيع حقا معنوياً كحقوق المؤلف والملكية الفنية والملكية الصناعية .

وفى جميع هذه الأحوال ينقل البيع الحق كما هو ، بمقوماته وخصائصه ، من البائع إلى المشترى طبقاً للقواعد والإجراءات التى قررها القانون . فبيع الدار يترتب عليه نقل ملكية الدار إلى المشترى ، وبيع حق الانتفاع يترتب عليه نقل حق الانتفاع (أو ملكية حق الانتفاع)، وبيع الحق الشخصى يترتب عليه نقل ملكية الحق الشخصى، وبيع حق المؤلف يترتب عليه نقل ملكية هذا الحق ، وهكذا . وهذا هو الذى نعنيه بنقل ملكية المبيع .

وقد نظم التقنين المدنى نقل الملكية والحقوق العينية الأخرى فى نصوص متفرقة، هى المواد ٢٠٤ إلى ٢٠٧ مدنى والمواد ٤٢٨ إلى ٤٣٠ مدنى والمواد ٩٣٢ إلى ٩٣٤ مدنى، وسنعرض لهذه النصوص فيما يلى . أما نقل الحق الشخصى – وهذه هى حوالة الحق – فقد عرض له التقنين المدنى فى المواد ٣٠٣ إلى ٣١٤ مدنى ، وقد سبق بحث حوالة الحق

---

(١) وقد أورد تقنين الموجبات والعقود اللبنانى النصوص المتعلقة بانتقال ملكية المبيع فى فصل خاص ، ثم أورد بعد ذلك سائر التزامات البائع ، بعد أن جمع على غرار التقنين المدنى الفرنسى بين ضمان التعرض والاستحقاق وضمان العيوب الخفية تحت عبارة «ضمان المبيع» فنص فى المادة ٤٠١ منه (أنظر أيضا ١٦٠٣ مدنى فرنسى) على ما يأتى : «على البائع واجبان أساسيان : أولا . تسليم البيع . ثانيا . ضمان المبيع .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ١٠١ .

في الجزء الثالث من الوسيط فنستبعدها من بحثنا هنا ، وكذلك نستبعد نقل الملكية المعنوية كحقوق المؤلف فكأنها قوانين خاصة أشارت إليها المادة ٨٦ مدنى إذ تقول : «الحقوق التى ترد على شئ غير عادى تنظمها قوانين خاصة» .

فيبقى إذن للبحث نقل حق الملكية والحقوق العينية الأخرى المتفرعة من الملكية ، وذلك عن طريق عقد البيع . وهذه هى الحقوق التى نعنيها بلفظ «المبيع» ، فإذا قلنا نقل الملكية فى المنقول أو فى العقار ، قصدنا بذلك نقل حق الملكية فى منقول أو عقار ، أو الحقوق المتفرعة عن حق الملكية وتكون واقعة على منقول أو عقار . وعلى هذا الوجه نبحث ما يأتى : (١) نقل الملكية بوجه عام (٢) نقل الملكية فى المنقول (٣) نقل الملكية بالعقار .

المطلب الأول

نقل الملكية بوجه عام

٢٢٨ – مسائل ثلاث : لم يكن البيع فى القديم يولد التزاماً بنقل الملكية ، فلم يكن عقداً ناقلا للملكية . ولكنه تطور بعد ذلك تدرجاً ، حتى أصبح ينقل الملكية فنبحث فى هذا الصدد مسائل ثلاثاً : (١) التطور التاريخى للبيع كعقد ناقل للملكية (٢) تحليل معنى نقل الملكية (٣) ما يتضمنه الالتزام بنقل الملكية وما يترتب على نقل الملكية فعلا .

١ – التطور التاريخى للبيع كعقد ناقل للملكية

٢٢٩ – البيع فى القانون الرومانى : كان البيع فى القانون الرومانى عقداً لا ينقل الملكية بذاته ، بل الذى كان ينقل الملكية هو وضع من الأوضاع المادية المعروفة فى هذا القانون : الأشهاد (mancipatio) أو التنازل القضائى (jure in cessio) أو القبض (traditio) أو التقادم (usucapio) .

بل لم يكن البيع يرتب فى ذمة البائع التزاماً بنقل الملكية ، وكان كل ما يلتزم به البائع بمجرد البيع – ما لم يوجد شرط صريح فى العقد يلزمه بنقل الملكية – هو أن ينقل إلى المشترى حيازة هادئة بموجبها يضع يده على المبيع كمالك دون أن يتعرض له أحد ودون أن يتعرض له البائع نفسه . فكان البائع ، إلى جانب التزامه بنقل هذه الحيازة ، يلتزم أيضاً بضمان التعرض الصادر من جهته هو أو الصادر من أجنبى . وكان هذا يعتبر كافياً لتحقيق الغرض الذى يستهدفه البيع ، فما دام المشترى واضعاً يده على المبيع يحوزه حيازة هادئة . وينتفع به بجميع الطرق المشروعة ، دون أن يتعرض له أحد فى ذلك ، فما عليه ألا يكون مالكاً وقد حوى فى يده جميع الميزات التى يتوخاها من كسب هذه الملكية . وكان يترتب على ذلك أن البائع فى القانون الرومانى يصح أن يستبقى الملكية عنده دون أن ينقلها

إلى المشترى ، والضمان الذى يكفل للمشترى تحقيق بغيته هو التزام البائع بعدم التعرض له . بل كان يترتب على ذلك أن الشخص كان يستطع بيع ملك غيره ، وكان بيع ملك الغير صحيحاً ما دام البائع ، دون أن يكون مالكاً ، قادراً على نقل حيازة المبيع إلى المشترى على النحو الذى أسلفناه ، وقادراً فى الوقت ذاته على منع أى عمل يكدر على المشترى حيازته إذ هو ضامن له القرض والاستحقاق كما سبق القول .

على أن البيع فى القانون الرومانى ، إذا كان لا يستلزم نقل الملكية ، كان من طبيعة نقلها . والدليل على ذلك أمران : (أولهما) أنه كان يجوز للمشترى أن يشترط فى عقد البيع على البائع أن ينقل له ملكية المبيع ، وكان هذا الشرط صحيحاً لأنه يتآلف مع طبيعة البيع، وعند ذلك كان على البائع أن ينقل ملكية المبيع للمشترى ولا يقتصر على نقل الحيازة الهادئة . (والأمر الثانى) أنه كان لا يجوز للبائع أن يشترط على المشترى ألا ينقل له ملكية المبيع ، فهذا الشرط يتنافى مع طبيعة البيع ، ومن ثم كان غير جائز [١] .

٢٣٠ – البيع فى القانون الفرنسى القديم : وانتقلت أحكام القانون الرومانى فى هذا الصدد إلى القانون الفرنسى القديم ، فكان البيع لا ينقل الملكية ولا يرتب التزاماً بنقلها. وبقى من طرق نقل الملكية ، وهى الأوضاع المادية التى كانت سائدة فى القانون الرومانى، القبض وحده ، بعد أن اختفى الإشهاد والتنازل القضائى . فكان البيع فى القانون الفرنسى القديم ينقل إلى المشترى حيازة هادئة على أساس أنه مالك ، ولم تكن الملكية تنتقل إليه إلا بالقبض، ومن ثم كان بيع ملك الغير صحيحاً فى هذا القانون . وبقى القانون الفرنسى القديم على هذا النحو إلى آخر مراحله، حتى أن بوتييه، وهو الفقيه الذى ختم عهود القانون الفرنسى القديم، لم يدخل فى تعريف البيع أنه ينقل الملكية إلى المشترى [٢] .

على أن تطور القانون الفرنسى القديم طوال مراحله أدى إلى أن يكون البيع سبيلا غير مباشر لنقل الملكية ، لا لأنه كان يرتب التزاماً بنقل الملكية ، بل لأن التعامل قد جرى على أن تنتقل الملكية إلى المشترى بالقبض . ثم زلف الناس أن يجعلوا هذا القبض أمراً

(١) والسبب فى أن القانون الرومانى لم يكن يجعل البيع ناقلا للملكية أن حق التملك كان مقصوراً على المواطن الرومانى . ولما ألزمت ضرورات التطور التعامل مع غير المواطنين الرومانيين ، ووجب التوفيق بين هذه الضرورات وبين القواعد القانونية العتيقة ، جعل أثر البيع مقصوراً على تمكين المشترى من الانتفاع بالمبيع ، وبهذا تيسر التعامل مع غير المواطنين الرومانيين (كولان وكابيتان ٢ فقرة ٥٠٨) .

(٢) فقد عرف بوتييه البيع على النحو الآتى : البيع عقد بموجبه يلتزم أحد المتعاقدين ، وهو البائع ، نحو المتعاقد الآخر أن ينقل إليه شيئاً يحوزه كمالك (lui faire avoir librement à titre de propiétaire une chose) لقاء ثمن هو مبلغ معين من النقود ، ويلتزم المتعاقد الآخر ، هو المشترى ، فى مقابل ذلك أن يدفع الثمن (بوتييه فى عقد البيع فقرة ١) . ويقول بوتييه ، فى تعليقه على هذا التعريف ، إن البائع يلتزم بتسليم الشئ إلى المشترى وبضمان التعرض والاستحقاق ، ولكنه لا يلتزم بنقل الملكية فعلا إلى المشترى (بوتييه فى البيع فقرة ١ – وانظر بودرى وسينيا فقرة ٦ ص ٥).

صورياً، فكانوا يكتبون في بياعاتهم أن القبض قد تم -clause de dessaisine) (saisine, vest et devest فكان من وراء هذا القبض الصورى أن تنتقل الملكية إلى المشترى ، والمفروض أنها انتقلت بالقبض ، والواقع أنها انتقلت بذكر حصول القبض في العقد . على أن ذكر حصول القبض ما لبث أن أصبح هو أيضاً شرطاً مألوفاً (clause de style) في عقد البيع.

٢٣١ – البيع في الفقه الاسلامي : وقد جاوز الفقه الإسلامي هذه المرحلة التى وصل إليها القانون الفرنسي القديم ، فجعل الملك ينتقل بالعقد مباشرة ، ويصبح المشترى للعقار أو للمنقول مالكاً للمبيع بمجرد العقد . وقد جاء في البدائع [١] : «وأما بيان صفة الحكم فله صفتان . الثانية الحلول ، وهو ثبوت الملك في البدلين للحال ، لأنه تمليك بتمليك ، وهو إيجاب الملك من الجانبين للحال ، فيقتضى ثبوت الملك في البدلين للحال . بخلاف البيع بشرط الخيار ، لأن الخيار يمنع انعقاد العقد في حق الحكم ، فيمنع وقوعه تملكياً للحال . وبخلاف البيع الفاسد ، فان ثبوت الملك فيه موقوف على القبض ، فيصير تمليكاً عنده» . ويبين من هذا النص أن العقد ذاته هو الذى ينقل الملك ، وفي ذلك يختلف التصوير الفني في الفقه الاسلامي عنه في الفقه اللاتيني . ففي الفقه الإسلامي ينتقل الملك بالعقد، أما في الفقه اللاتيني فالعقد ينشئ التزاماً بنقل الملك ويتم تنفيذ هذا الالتزام فوراً بمجرد نشوئه فينتقل الملك ولكن تنفيذاً للالتزام لا بحكم العقد .

وقد كان مقتضى انتقال الملك إلى المشترى بالبيع في الفقه الإسلامي أن يملك المشترى التصرف في المبيع بمجرد البيع ، حتى قبل القبض . وهذا هو مذهب مالك [٢] . أما عند الشافعية والحنابلة فلا يجوز للمشترى أن يتصرف في المبيع قبل قبضه سواء كان منقولاً أو عقاراً [٣] . وأما عند الحنفية فلا يجوز للمشترى التصرف في المنقول قبل قبضه إذ يجوز أن يتلف قبل القبض فيبطل البيع بذلك ويؤدى إلى الغرر بالمشترى الجديد، ويجوز التصرف في العقار قبل قبضه عند أبى حنيفة وأبى يوسف لأن هلاك العقار غير محتمل [٤] .

ويخلص مما تقدم أن الملك ينتقل بالبيع في الفقه الإسلامي ، ولكن القبض يزيد

---

(١) جزء ٥ ص ٢٤٣ .

(٢) بداية المجتهد لابن رشد ٢ ص ١٣٥ .

(٣) ويذكرون لتعليل ذلك أسباباً مختلفة : منها أن انتقال ملك المبيع إلى المشترى لا يتأكد إلا بالقبض ، فإذا تأكد بالقبض استطاع المشترى أن يتصرف فيه . ومنها أن المبيع قبل القبض يكون في ضمان البائع لا في ضمان المشترى ، ولا يجوز للمشترى أن يبيع ما ليس في ضمانه . ومنها أن المشترى الذى يبيع ما لم يقبض لا يكون قادراً على التسليم ، فلا يجوز له أن يبيع المبيع حتى يقبضه ليكون قادراً على تسليمه . أنظر الأم للشافعى جزء ٣ ص ٦٠ فتاوى ابن تيمية ٤ ص ٧٤ – ص ٧٥.

(٤) مختصر الطحاوى ص ٨٤ – ص ٨٥ .

نقل الملك تأكيداً ، فهو الذى يطلق يد المشترى في التصرف في أكثر المذاهب على ما رأينا .

٢٣٢ – البيع في القانون الحديث – القانون الفرنسي والقانون المصرى : ولما رأى واضعو تقنين نابليون إلى أين انتهى التطور في القانون الفرنسي القديم على النحو الذى أسلفناه ، خطوا آخر مرحلة من مراحل هذا التطور ، فجعلوا البيع ذاته ناقلا للملكية إذ يرتب في ذمة البائع التزاماً بنقلها إلى المشترى . وإذا كانت الفقرة الأولى من المادة ١٥٨٢ من التقنين المدنى الفرنسي لا تزال تحمل أثر القانون الفرنسي القديم [١]، إلا أن سائر النصوص في هذا التقنين قاطعة في أن البيع أصبح بذاته ناقلا للملكية . من ذلك المادة ١٥٨٣ مدنى فرنسي وهى تقول : .. يكسب المشترى من البائع قانوناً ملكية المبيع ، بمجرد اتفاقهما على المبيع والثمن ، ولو كان المبيع لم يسلم والثمن لم يدفع .[٢]

وجاءت نصوص التقنين المدنى المصرى – القديم والجديد – صريحة في أن البائع يلتزم بنقل ملكية المبيع إلى المشترى [٣].

ومن ثم صار بيع ملك الغير يتلاءم مع طبيعة البيع بعد أن أصبح البيع ناقلاً الملكية، فجاءت النصوص صريحة في بطلان بيع ملك الغير في كل من التقنين المدنى الفرنسي والتقنين المدنى المصرى ، وقد سبق بيان ذلك تفصيلا .

---

(١) إذا تعرف البيع على الوجه الآتى : «البيع اتفاق بموجبه يلتزم أحد المتعاقدين بتسليم المبيع ، ويلتزم المتعاقد الآخر بدفع ثمنه» . وهذا هو الأصل الفرنسي للنص :

Art. 1582: La vente est une convention par laquelle l'un s'oblige à livrer une chose, et l'autre à La payer.

(٢) وهذا هو الأصل الفرنسي للنص :

Atrt, 1583: .... La propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est conveuu de la *chose* et du *prix, quoique* la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé.

وانظر أيضاً المادتين ٧١١ و ١١٣٨ من التقنين المدنى الفرنسي ، وانظر الأعمال التحضيرية للتقنين المدنى الفرنسي وهى تصرح بأن هذا التقنين جعل البيع ينقل ملكية المبيع من تلقاء نفسه (بودرى وسينيا فقرة ٨ – فقرة ١٠) . وهذا لا يمنع أن تكون هناك إجراءات تلابس عقد البيع لينقل الملكية ، إما بالنسبة إلى الغير ، أو حتى فيما بين المتعاقدين . فتسجيل عقد البيع في العقار ضرورى في القانون المصرى : لا فحسب لنقل الملكية في حق الغير ، بل أيضاً لنقلها فيما بين المتعاقدين .

(٣) فنصت المادة ٢٣٥/٣٠٠ من التقنين المدنى السابق على أن «البيع عقد يلتزم به أحد المتعاقدين نقل ملكية شئ للآخر في مقابل التزام ذلك الآخر بدفع ثمنه المتفق عليه بينهما» . ونصت المادة ٤١٨ من التقنين المدنى الجديد على أن «البيع عقد يلتزم به البائع أن ينقل للمشترى ملكية شئ أو حقاً مالياً آخر في مقابل ثمن نقدى» .

فقد تكون هناك أعمال ضرورية ، إيجابية أو سلبية ، لابد أن يقوم بها البائع أو يكف عنها حتى يمكن أن ينتقل الحق المبيع [1] إلى المشترى . وتورد المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى أمثلة لهذه الأعمال فتقول : قد يطلب من البائع أن يقوم بأعمال مادية ، إيجابية أو سلبية ، من شأنها أن تجعل نقل الملكية متيسراً . من ذلك تقديم الشهادات اللازمة للتسجيل، وتصديق البائع على إمضائه تمهيداً لتسجيل العقد ، وشطب التكاليف المقررة على العين قبل البيع، وفرز المثليات ، والامتناع عن التصرف فى العين تصرفاً يضر بالمشترى» [2] . وقد كان المشروع التمهيدى يشتمل على نص هو المادة ٥٧٣ من هذا المشروع ، وكان يجرى على الوجه الآتى : يلتزم البائع أن يزود المشترى بالبيانات الضرورية عن الشئ المبيع ، وأن يقدم له الأوراق والمستندات المتعلقة بهذا الشئ . وورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد هذا النص : «وعلى البائع أن يزود المشترى بالبيانات الضرورية عن الشئ المبيع ، كأن يبين له حدود العين المبيعة وما عليها من حقوق وتكاليف ، وعليه أن يقدم له الأوراق والمستندات المتعلقة بالمبيع كمستندات الملكية والعقود المتعلقة بالمبيع ويكون من شأنها أن تسرى فى حق المشترى وصورة من المستندات التى يستبقيها لتضمنها حقوقاً أخرى غير حق المشترى» [3] . وقد حذفت هذه المادة فى لجنة المراجعة «لأنها مستفادة من القواعد العامة» [4] .

ويتبين مما قدمناه أن هناك نوعين من الأعمال يلتزم البائع بهما ، أعمالاً إيجابية وأعمالاً سلبية [5] .

أما الأعمال الإيجابية التى من شأنها التمهيد لنقل الملكية ، فمثلها فى العقار تصديق

= ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٣٩٦ (مطابقة)، وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٤١٧ (مطابقة) ، وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٥٣٥ (مطابقة)؛ ولا مقابل لها فى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى ولكن الحكم متفق مع القواعد العامة فى القانون اللبنانى. انظر فى القانون المدنى السورى الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٨٩ — فقرة ٩٠ ، وفى القانون المدنى العراقى الأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٢٩٨ — فقرة ٢٩٩ .

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى عبارة «الحق المبيع» : «وهذه عبارة عامة لا تقتصر على نقل الملكية ، بل تشمل أى حق عينى أو شخصى يقع عليه البيع» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٣) . وبديهى أن التزام البائع بأن يقوم بما هو ضرورى لنقل الحق يقصد به أن يقوم بما هو ضرورى من جانبه ، ولا شأن له بما يجب على المشترى أن يقوم به لنقل الملك (قارن الأستاذ عبدالفتاح عبدالباقى ص ٢٢٩ هامش ١) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٣ .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٥٢ — ص ٥٣ .

(٤) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٥٥ فى الهامش .

(٥) استئناف مختلط ٢١ ديسمبر سنة ١٩٢٦ م ٣٩ ص ١٠١ — ٧ فبراير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٨٦ .

البائع على أمضائه حتى يتمكن المشترى من تسجيل العقد [1] ، وشهر حق الأرث الواجب حصوله قبل تسجيل البيع [2] ، وتقديم الشهادات اللازمة للتسجيل كمستندات ملكية البائع وشهادة الضريبة العقارية وبيان بحدود العقار . ومثلها فى المنقول إفراز المبيع إذا لم يكن معيناً إلا بجنسه ونوعه ، لأن الملكية فى هذه الحالة لا تنتقل إلا بالإفراز . أما بيان ما على للعقار من حقوق وتكاليف ، وشطب هذه الحقوق والتكاليف ، فهذا لا يبدو ضرورياً لنقل الملكية، ولكنه لا يزال عملا يلتزم به البائع ويدخل فى التزامه العام بضمان الاستحقاق ، وسيأتى بيان ذلك . كذلك تقديم العقود المتعلقة بالمبيع ويكون من شأنها أن تسرى فى حق المشترى : كعقد إيجار واقع على العين المبيعة وثابت التاريخ بحيث يسرى فى حق المشترى وبيان بما لا يزال باقياً فى ذمة المستأجر من الأجرة ، وكعقد رهن ثقل به المبيع فأصبح للدائن المرتهن حق تتبع العين فى يد المشترى [3] ، ليس ضرورياً لنقل ملكية المبيع إلى المشترى ، وإن كان لا يزال التزاماً فى ذمة البائع تابعاً لالتزامه العام بضمان الاستحقاق .

وأما الأعمال السلبية التى يلزم البائع الكف عنها حتى يتيسر نقل الملكية إلى المشترى، فمثلها أن يتصرف البائع فى العقار بعد البيع بحيث يتمكن المشترى الثانى من التسجيل قبل المشترى الأول، وأن يتصرف البائع فى المنقول بعد البيع ويسلمه للمشترى الثانى إذا كان هذا حسن النية. فيجب أن يكف البائع عن هذه الأعمال، إذ من شأنها أن

(١) ولكن كتابة العقد وما يسبق ذلك من إجراءات فى قسم المساحة وإعداد العقد بوجه عام للتسجيل يقع على المشترى لا على البائع ، وليس البائع ملزماً إلا بتقديم البيانات اللازمة لإعداد العقد للتسجيل. وقد قضت محكمة النقض بأن أحكام قانون التسجيل الصادر فى سنة ١٩٢٣ والقرارات الصادرة بتنفيذه تحتم دفع رسوم التسجيل مع رسوم التصديق على الأمضاءات عند تقديم العقد للتوقيع عليه. ولما كان المشترى هو الملزم بداهة بدفع هذه الرسوم ، فإنه هو الذى يكون عليه تجهيز العقد بناء على البيانات التى يحصل عليها ، سواء من البائع أو من الأوراق ، وبعد ذلك يكون له أن يطالب البائع بالحضور إلى قلم كتاب المحكمة لإمضاء العقد . وإذن فمن الخطأ أن تعتبر المحكمة البائع ملزماً بتجهيز العقد وتقديمه للمشترى لإمضائه ، خصوصاً إذا كان العقد الابتدائى صريحا فى أن البائع غير ملزم إلا بإمضاء العقد النهائى وكان المشترى لم يطلب من البائع فى الأنذار الذى وجهه إليه إلا الحضور إلى قسم المساحة لتحرير العقد النهائى (نقض مدنى ٢٨ مايو سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٦٤ ص ٤٦٨) . وقضت أيضاً بأنه إذا استخلص من نص العقد أن المشترى هو الذى يحرر العقد النهائى وأن ما التزم به البائع هو أن يذهب مع المشترى فى اليوم الذى يحدده إلى ديوان المساحة لمراجعة العقد والمصادقة عليه أمام رئيس القلم ، تعين على المشترى ، بدلا من إنذار البائع بتحرير العقد النهائى فى أجل معين وهو عمل لم يلتزم به ، أن يحدد فى إنذاره يوماً للذهاب إلى ديوان المساحة (نقض مدنى ٨ مارس سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٧٨ ص ٤٢٣) — أنظر أيضا الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٥٢.

(٢) الأستاذ محمد على إمام فقرة ١٧٩ .

(٣) وقد يستبقى البائع مستند الدين والرهن فى يده لأنه لا يزال ملزماً بالدين ، ويعطى صورة من هذا المستند للمشترى .

تجعل نقل الملكية إلى المشترى مستحيلا ، ويمكن أن يندرج هذا الالتزام أيضاً تحت الالتزام العام بضمان التعرض والاستحقاق كما سنرى . ومثل ذلك أيضا أن يلحق البائع بالمبيع تلفاً أو تخريباً بحيث تهلك العين هلاكاً كلياً أو جزئياً فيتعذر انتقال ملكيتها خالصة إلى المشترى ، وهذا أيضاً يمكن إدخاله تحت التزام البائع بضمان التعرض (١) . وهناك من الأعمال ما لا يجعل نقل الملكية للمشترى مستحيلا ولكن يجعله عسيراً . وهذه أيضاً يجب على البائع أن يكلف عنها، إذ النص كما رأينا يلزمه «أى يكف عن أى عمل من شأنه أن يجعل نقل الملكية مستحيلا أو عسيراً» . مثل ذلك أن يخفى البائع مستندات ضرورية للتسجيل كشهادة الضريبة العقارية، فهذه يجوز للمشترى الحصول عليها ولكن بمشقة ، فاخفاؤها يجعل نقل الملكية شاقاً ، ومن ثم يلتزم البائع أن يكف عنه .

٢٣٦ – الشروط الواجب توافرها لانتقال الملكية إلى المشترى : فاذا قام البائع بالأعمال التمهيدية لنقل الملكية انتقلت الملكية فعلا إلى المشترى بحكم القانون ، وذلك إذا توافرت الشروط المذكورة فى المادة ٢٠٤ مدنى والمادة ٩٣٢ مدنى السالفتى الذكر . وهى شروط ثلاثة : (١) أن يكون المبيع عيناً معينة بالذات . (٢) وأن يكون مملوكاً للبائع. (٣) وألا يعلق القانون أو الاتفاق انتقال الملكية على القيام بعمل معين (٢) .

أما أن يكون المبيع عيناً معينة بالذات فهذا شرط طبيعى ، فإن الملكية لا تنتقل من شخص إلى آخر إلا فى شئ معين بالذات . بل إن هذا الشرط لم يصبح ذكره ضرورياً بعد ما قررنا من أن البائع يلتزم بالأعمال الضرورية التى تمهد لنقل الملكية ، فمن بين هذه الأعمال إفراز المبيع إذا لم يكن معيناً إلا بالنوع كما سبق القول، فمتى قام البائع بالتزامه وأفرز المبيع، فقد أصبح المبيع عيناً معينة بالذات وتوافر الشرط . على أن المبيع قد يكون غير معين بالذات فى حالتين أخريين : (الحالة الأولى) بيع شئ لم يصنع بعد، كما إذا باع

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الحكم قد استخلص عدم استحالة التنفيذ من أن التعاقد أبرم بعد صدور قانون تقسيم الأراضى رقم ٥٢ لسنة ١٩٤٠ ، وأن امتناع المساحة عن تسجيل العقد كان متوقعاً كأثر من آثار هذا القانون ، فلا يمكن لبائع أن يستفيد من رفض التسجيل للتذرع بفسخ العقد لاستحالة التنفيذ ، فإن ذلك يكون استخلاصاً موضوعياً سائغاً لا رقابة لمحكمة النقض عليه (نقض مدنى ٢٨ يونية سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ١١٠ ص ٧٨٩) .

(٢) هذه هى الشروط اللازمة لانتقال الملكية فعلا إلى المشترى ، ولا يشترط غيرها . فتنتقل الملكية إلى المشترى إذا توافرت هذه الشروط ، حتى لو كان متفقاً بين المتبايعين تأجيل تسليم المبيع ، أو تأجيل دفع الثمن ، أو دفعه أقساطاً على تفصيل سنورده فيما بعد ، وحتى لو كان البيع معلقاً على شرط فاسخ. أما إذا كان البيع معلقاً على شرط واقف ، فإن نقل الملكية يقف حتى يتحقق الشرط . وقد نصت المادة ٣٩٤ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى صراحة على هذا الحكم كما رأينا إذ تقول «ويكون الأمر كما تقدم (أى يكسب المشترى ملكية المبيع) حتى فى الحالتين الآتيتين : أولا – كان التسليم أو دفع الثمن مربوطاً بأجل . ثانياً – إذا كان البيع منعقداً على شرط الإلغاء» .

مصنع نسيج كميات من القماش لم يبدأ نسجها ، فيكون المبيع هنا شيئاً غير معين بالذات ، ولا يتصور أن تنتقل ملكيته إلى المشترى إلا بعد تمام نسجه . ولا يعتبر الغزل الذى يصنع منه النسيج ملكا للمشترى ، بل يبقى ملكا للمصنع إلى أن يتم نسجه ، ذلك أن المصنع لم يبع غزلا وإنما باع نسيجاً (١) . (الحالة الثانية) بيع يكون محله تخييرياً (alternatif) ، فلا يتعين المبيع فى هذه الحالة إلا عند ما يعمل صاحب الخيار خياره ، ولا تنتقل ملكية المبيع إلى المشترى إلا عندما يتم الاختيار . وقد رأينا عند الكلام فى الالتزام التخييرى أن إعمال الخيار له أثر رجعى فيستند إلى وقت البيع ، وتعتبر الملكية قد انتقلت من وقت البيع لا من وقت إعمال الخيار. أما لو كا ن المحل بدليا (facultatif) ، فان المبيع يكون معيناً بالذات من وقت البيع ويكون هو الشئ الأصلى لا البديل ، وإن كان يحق للبائع أن يبرئ ذمته من التزامه باعطائه البديل دون الشئ الأصلى (٢) .

وإما أن يكون المبيع مملوكاً للبائع فهذا أيضا شرط طبيعى ، فالملكية لا تنتقل إلا عن

(١) فإذا تم صنع الشئ أو تقدم صنعه لدرجة تكفى لتعيينه ، فإن ملكيته تنتقل إلى المشترى من هذا الوقت ولو قبل التسليم ، فيكون ضماناً لدائنيه ولا يجوز للبائع إتلافه (بيدان ١١ فقرة ١٦٧ – بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١١ – الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٦٠ – الأستاذ عبدالمنعم البدراوى فقرة ١٧٥) . وكان الفقه فى فرنسا يذهب إلى أن ملكية الشئ الموصى بصنعه (chose à fabriquer) لا تنتقل إلا بتسليمه للمشترى وقبوله منه ، فهو بيع على شرط التسليم (vente à livrer) ، وذلك كالأثاث الموصى بصنعه يبقى على ملك الصانع إلى أن يتم تسليمه للمشترى (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٦٢٢ – بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٢٥ – بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٢٨٩٥) . ثم اتجه القضاء الفرنسى إلى أن نقل الملكية يتم بمجرد الانتهاء من صنع الشئ أو التقدم فى صنعه بحيث يكون ذلك كافياً فى تعيينه كما سبق القول ، وتبع القضاء بعض الفقهاء كما رأينا (أنظر الأستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ١٧٥) . على أنه يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على أن الملكية لا تنتقل إلا عند قبول المشترى للشئ الموصى بصنعه وتسلمه إياه ، وقد يستخلص هذا الاتفاق ضمنا من أن البائع هو الذى يورد الخامات التى يصنع منها الشئ (بيدان ١١ فقرة ١٦٧) .

وفى الأشياء التى تصنع على نموذج واحد (fabrication en séric) يعتبر المبيع بعد الانتهاء من صنعه متعيناً بنوعه فقط ، ومن ثم يجب إفرازه بعد ذلك لتعيينه بذاته ، فتنتقل ملكيته من وقت الافراز (بيدان ١١ فقرة ١٦٧ – ديموج ٦ فقرة ٦٥ – كولان وكابيتان ١ فقرة ١٩٧٧ – الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٦٠ – الأستاذ عبدالمنعم البدراوى فقرة ١٧٥).

وفى بيع المحصولات المستقبلة إذا كان البيع جزافاً ، تنتقل الملكية بوجود المحصول : منذ بدء وجوده وانعقاده أو من وقت حصاده وجمعه بحسب قصد المتعاقدين ، وعند الشك يكون من وقت الحصاد والجمع . وإذا كان البيع بالتقدير ، لم تنتقل الملكية إلا بالإفراز كما فى سائر بيوع التقدير (الأستاذ عبدالمنعم البدراوى فقرة ١٧٤) .

والانتاج الفنى لا تنتقل ملكيته إلى من اشتراه إلا إذا سلمه الفنان للمشترى أو وضعه تحت تصرفه، لأن الفنان له وحده الحق فى نشر إنتاجه متى أرضاه (الأستاذ عبدالمنعم البدراوى فقرة ١٧٦).

(٢) أنظر فى كل ذلك بودرى وسينيا فقرة ١١ – فقرة ١٣ – بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٠ – فقرة ١١ .

مالك . وإذا لم يكن البائع مالكا لم يستطع أن ينقل ملكية المبيع فان فاقد الشئ لا يعطيه، كما لا تنتقل الملكية عن المالك الحقيقى فان هذا أجنبى عن البيع فلا يسرى فى حقه . وقد بسطنا تفصيل القول فى ذلك عند الكلام فى بيع ملك الغير .

بقى الشرط الثالث ، وهو ألا يعلق القانون أو الاتفاق انتقال الملكية على القيام بعمل معين. أما القانون فيعلق نقل الملكية فى العقار على التسجيل ، وفى المنقول غير المعين بالذات على الإفراز [1]، كما رأينا . وكل من التسجيل والإفراز يدخل فى الأعمال التمهيدية التى يلتزم بها البائع حتى تنتقل الملكية إلى المشترى ، كما سبق القول . وأما الاتفاق فقد يتم بين المتعاقدين على تأخير نقل الملكية إلى حين استيفاء شرط معين . يتفق المتبايعان مثلا على ألا تنتقل الملكية إلا عند تسليم المبيع إلى المشترى أو إلا عند القيام باجراءات معينة [١]، أو يكون البائع غير مالك للمبيع وقت البيع فيتفق مع المشترى على تأخير نقل الملكية إلى أن يحصل هو عليها ، أو يتفق المتبايعان على ألا تنتقل الملكية إلى المشترى إلا بعد أن يوفى جميع أقساط الثمن وهذا هوالبيع بالتقسيط . ونلاحظ فيما قدمناه أمرين : (الأمر الأول) مهما يكن شأن الاتفاق على تأخير نقل الملكية ، فان هذا لا يمنع عقد البيع من أن يرتب فى الحال التزاماً فى جانب البائع بنقل الملكية ، والذى يتأخر ليس هو نشوء هذا الالتزام بل تنفيذه . (والأمر الثانى) أن الاتفاق على أن تأخير نقل الملكية ليس اتفاقاً على أجل تنتقل بعده الملكية، بل هو اتفاق على شرط يعلق انتقال الملكية إلى حين تحققه . ذلك أن الملكية تستعصى طبيعتها على أن تقترن بأجل ، فالأجل يجعلها موقتة والملكية حق دائم لا يلحقه التوقيت [٢] . فتأخير نقل الملكية إلى حين

(1) وان كان البائع – طبقاً لنص المادة ٤٢٨ من القانون المدنى يلتزم بأن يقوم بما هو ضرورى لنقل الحق المبيع إلى المشترى وان يكف عن أى عمل من شأنه ان يجعل نقل الحق مستحيلا أو عسيراً فان هذا الواجب لا ينسحب – إذا كان المبيع حقا عينيا عقارياً إلى الزامه بان يقوم باعداد عقد البيع النهائى واتخاذ الاجراءات اللازمة لتسجيله ، يدل على ذلك ما تنص عليه المادة ٢٦٢ من القانون المدنى من أن نفقات عقد البيع ورسوم الدمغة والتسجيل وغير ذلك من مصروفات تكون على المشترى ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك .
(جلسة ١٩٧٨/١٢/٥ الطعن ٥٧٩ لسنة ٤٧ ق).
(جلسة ١٩٦٩/٤/١٧ مجموعة احكام النقض السنة ٢٠ ص ٦٤٢)
(جلسة ١٩٥١/٣/٨ مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض فى الـ ٢٥ عاما – ٢٢٧ – ٣١٤)

(١) ولا يعتبر البيع هنا معلقا على شرط بل هو بيع منجز ، والمعلق على الشرط هو تنفيذ البيع لا انعقاده (لوران ٢٤ فقرة ٤ – أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٤٩ هامش ٣٩ – بودرى وسينيا فقرة ١١ – بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٠) .

(٢) وقد درج الفقه فى مصر وفى فرنسا على التحدث عن اقتران الملكية بأجل . وفى رأينا أن هذه نظرة فقهية غير سليمة . فالملكية كما قدمنا حق دائم تستعصى طبيعته على التوقيت ، والأجل توقيت فلا يجوز أن تقترن به الملكية . وإذا اتفق البائع مع المشترى مثلا على ألا تنتقل إليه ملكية الدار المبيعة إلا بعد سنة ينتفع فيها البائع بسكنى الدار ، وجب تفسير قصد المتبايعين بأن البائع اشترط الاحتفاظ بحق الانتفاع بالدار مدة السنة ، أما الرقبة فتنتقل إلى المشترى دون انتظار انقضاء السنة . وهذا التفسير =

التسليم ولو عين للتسليم مدة محددة ، هو تعليق لنقل الملكية على شرط التسليم ، وليس تأجيلا لنقل الملكية إلى حين انقضاء هذه المدة المحددة . وتأخير نقل الملكية إلى أن يحصل البائع عليها من المالك الحقيقى هو تعليق لنقل الملكية على شرط حصول البائع عليها ، وكذلك تأخير نقل الملكية إلى تمام وفاء أقساط الثمن هو تعليق لنقل الملكية على شرط وفاء الأقساط .

٢٣٧ – البيع بالتقسيط مع الاحتفاظ بالملكية حتى استيفاء الثمن – احالة : ومن أهم الصور العملية للاتفاق على تأخير نقل الملكية اتفاق المتبايعين على أن يكون نقل الملكية إلى المشترى موقوفاً على الوفاء بجميع أقساط الثمن . وهذا هو البيع بالتقسيط أو الإيجار الساتر للبيع لأن المتبايعين كثيراً ما يسميان البيع فى هذه الحالة إيجاراً . وقد وردت المادة ٤٣٠ مدني، كما رأينا ، فى صدد هذا البيع إذا تقول: «١– إذا كان البيع مؤجل الثمن، جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية إلى المشترى موقوفاً على استيفاء الثمن كله ولو تم تسليم المبيع . ٢ – فاذا كان الثمن يدفع أقساطاً ، جاز للمتعاقدين أن يتفقا على أن يستبقى البائع جزءاً منه تعويضاً عن فسخ البيع إذا لم توف جميع الأقساط، ومع ذلك يجوز للقاضى تبعاً للظروف أن يخفض التعويض المتفق عليه وفقاً للفقرة الثانية من المادة ٢٢٤ . ٣– فاذا وفيت الأقساط جميعاً ، فان انتقال الملكية إلى المشترى يعتبر مستنداً إلى وقت البيع. ٤ – وتسرى أحكام الفقرات الثلاث السابقة ولو سمى المتعاقدان البيع إيجاراً» .

ونقتصر هنا على إيراد النص ، وقد سبق تفصيل القول فيه ، فنكتفى بالإحالة على ما قدمناه فى ذلك [١] .

٣ – ما الذى يتضمنه الالتزام بنقل الملكية

وما الذى يترتب على انتقالها فعلا

٢٣٨ – ما الذى يتضمنه الالتزام بنقل الملكية : يقرر التقنين المدنى كقاعدة عامة أن كل التزام بنقل حق عينى – ويندرج تحت ذلك التزام البائع بنقل ملكية المبيع – يتضمن فى الوقت ذاته التزاماً بتسليم الشئ الذى تعلق به الحق العينى وبالمحافظة على هذا الشئ

=يفى بجميع الأغراض التى قصد إليها المتبايعان ، فقد احتفظ البائع بحقه فى سكنى الدار سنة ، وانتقلت الملكية فى الرقبة دون المنفعة إلى المشترى قبل انقضاء السنة . وإذا قلنا بغير ذلك ، وقررنا أن البائع يحتفظ بالملكية كاملة ، انتفاعاً ورقبة ، مدة السنة ، فهل يزيد حقه بذلك شيئاً ؟ الواقع أنه يكون فى نفس الوضع الذى احتفظ فيه لنفسه بحق الانتفاع فقط ، فهذا الحق وحده هو الذى يستطيع أن يستغله وأن يتصرف فيه . أما ملكية الرقبة لمدة سنة فلا يفيده شيئاً ، ولا تجدى ملكية الرقبة إلا إذا كانت ملكية دائمة .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٩٠ – فقرة ٩٤ .

حتى يتم التسليم . وقد رأينا [١] أن المادة ٢٠٦ مدنى تنص فى هذا الصدد على أن «الالتزام بنقل حق عينى يتضمن الالتزام بتسليم الشئ والمحافظة عليه حتى التسليم» .

ويبين من ذلك أن التزام البائع بنقل ملكية المبيع يتضمن التزامين تبعيين ، أحدهما التزام بتسليم المبيع إلى المشترى وهو التزام بتحقيق غاية ، والثانى التزام بالمحافظة على المبيع إلى أن يتم تسليمه للمشترى وهو التزام ببذل عناية [٢] .

وللصفة التبعية التى أثبتناها للالتزام بتسليم المبيع أهمية كبيرة فى تحمل تبعة هلاك المبيع قبل التسليم . وذلك أن الالتزام بالتسليم إذ كان التزاماً تبعياً ، فانه يكون التزاماً مكملا للالتزام بنقل الملكية ، إذ لا يخلص المبيع مادياً للمشترى إلا بتسليمه من البائع . ومن ثم إذا هلك المبيع قبل التسليم هلك على البائع ، حتى لو كانت ملكية المبيع قد انتقلت قبل التسليم إلى المشترى ، فالهلاك لا يكون على المالك كما هو الأصل ، بل يكون على المدين بالتسليم .

وقد سبق أن كتبنا فى هذا الصدد فى الجزء الثانى من الوسيط [٣] : «فاذا كان الالتزام بالتسليم التزاماً تبعياً يتضمنه التزام بنقل حق عينى ، فالأصل أن الهلاك يكون على المدين بالتسليم ، ولو أنه أصبح غير مالك إذ انتقلت الملكية إلى الدائن تنفيذاً للالتزام الأصلى بنقل الملكية . ويبرر هذه القاعدة أن الالتزام بالتسليم فى هذه الحالة ليس فى حقيقته إلا التزاما مكملا للالتزام بنقل الملكية ، إذ لا تخلص الملكية فعلا للدائن إلا بالتسليم . ومن ثم كان الهلاك على المدين ، وهو مدين بنقل الملكية وبالتسليم معاً . وقد طبق التقنين المدنى الجديد هذه القاعدة فى كل من البيع والقسمة» [٤] . وسنعود إلى هذه المسألة عند الكلام فى تحمل تبعة هلاك المبيع قبل التسليم [٥] .

(١) أنظر الوسيط جزء ٢ فقرة ٤٢٥ .

(٢) ويترتب على أن الالتزام بالتسليم التزام بتحقيق غاية أنه إذا لم يتم تسليم المبيع إلى المشترى ، ولو بغير خطأ البائع بل ولو بقوة قاهرة ، كان البائع مخلا بالتزامه ، وينبنى على ذلك فسخ البيع أو انفساخه وتحمل البائع تبعة هلاك المبيع قبل التسليم كما سنرى . ويمكن الوصول إلى هذه النتيجة من طريق آخر، هو القول بتبعية الالتزام بتسليم المبيع على الوجه الذى سنذكره . ويترتب على أن الالتزام بالمحافظة على البيع التزام ببذل عناية أن البائع يعتبر قد قام بالتزامه إذا هو بذل عناية الرجل المعتاد فى المحافظة على المبيع قبل تسليمه ، ولا يكون مسئولا عن هلاك المبيع هلاكاً كلياً أو جزئياً إلا بموجب التزامه بالتسليم على النحو الذى بيناه .

(٣) فقرة ٤٣١ .

(٤) وهذه هى أيضاً القاعدة فى الفقه الإسلامى ، فالمبيع يهلك قبل التسليم على البائع ، ولو أن الملكية انتقلت إلى المشترى .

(٥) وسنرى هناك أثر الإعذار فى تحمل تبعة الهلاك – م ٢٠٧ مدنى – الوسيط ٢ فقرة ٤٣٢) . وانظر فى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المواد ٣٩٦ – ٤٠٠ ، وهو كالتقنين المدنى الفرنسى يحمل المشترى باعتباره مالكاً تبعة هلاك المبيع قبل التسليم .

٢٣٩ – ما الذى يترتب على انتقال الملكية فعلا للمشترى : فاذا توافرت الشروط الواجبة لانتقال ملكية المبيع إلى المشترى ، وهى الشروط السالفة الذكر ، فأصبح المشترى مالكاً للمبيع ، ترتبت على ذلك النتائج الآتية :

أولا – يكون للمشترى حق التصرف فى المبيع باعتباره مالكاً له ، ولو قبل أن يتسلمه من البائع . ويستوى فى ذلك العقار والمنقول [١] . أما المنقول فظاهر ، فهو عين معينة بالذات انتقلت ملكيتها إلى المشترى ، فلهذا أن يتصرف فى ملكه ولو قبل قبضه من البائع. وأما العقار فالمشترى لا يصبح مالكاً له إلا إذا سجل عقد البيع [1]، فإذا سجل العقد أصبح مالكاً ولو قبل القبض ، واستطاع أن يتصرف فى المبيع وهو لا يزال فى يد البائع [٢].

ثانياً – يكون للمشترى ثمر المبيع ونماؤه باعتباره مالكاً له، وعليه تكاليفه من نفقات حفظ وصيانة وضرائب وغير ذلك من الأعباء. وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٤٥٨

(١) وقد رأينا أن المشترى فى أكثر مذاهب الفقه الإسلامى ليس له أن يتصرف فى المبيع قبل قبضه بالرغم من أنه أصبح مالكاً له (أنظر آنفا فقرة ٢٣١) . وقد فارق التقنين المدنى العراقى الفقه الإسلامى فى ذلك، فنصت المادة ٥٣٢ من هذا التقنين على أن «للمشترى أن يتصرف فى المبيع ، عقاراً كان أو منقولاً ، بمجرد انتقال الملكية إليه ولو قبل القبض» . وهذا هو الحكم أيضاً فى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى ، إذ تنص المادة ٢٩٥ من هذا التقنين على أنه «يحق للمشترى منذ إتمام العقد ، حتى قبل التسليم ، أن يتفرغ عن المبيع ، ما لم يكن ثمة اتفاق أو نص قانونى مخالف . ويحق للبائع أن يتفرغ عن حقه فى الثمن قبل قبضه» . وكذلك هذا هو الحكم فى كل من التقنين المدنى السورى والتقنين المدنى الليبى ، طبقاً للقواعد العامة فى هذين التقنينين وهى نفس القواعد العامة فى التقنين المدنى المصرى.

(٢) وهذا الحكم صحيح حتى لو لم يسجل عقد البيع وكان المبيع لا يزال فى يد البائع ، فإن المشترى يستطيع حتى هذه الحالة أن يتصرف فى العقار ، وعند تسجيل البيع الأول يصبح مالكا فيكون التصرف الذى صدر منه قد صدر من مالك ، إما بفضل الأثر الرجعى للتسجيل على الرأى الذى نقول به، وإما باعتبار أن المشترى وقت أن باع كان لا يملك ثم ملك بالتسجيل فينقلب البيع صحيحاً طبقاً لقواعد بيع ملك الغير السالف ذكرها .

وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا كانت حدود الأرض المبيعة فى عقد البيع تخالف الواقع، فالذى انتقلت ملكيته بالبيع هو ما يتفق مع التحديد الوارد فى عقد البيع لا التحديد الواقعى (استئناف مختلط أول أبريل سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٦٠) .

(1) بيع العقار قبل أن يسجل ، لا يزال من طبيعته نقل الملكية إذ ينشئ التزاما بنقلها فى جانب البائع ، وكل ما أحدثه قانون التسجيل ومن بعده قانون الشهر العقارى من تغيير فى احكام البيع ، هو أن نقل الملكية بعد أن كان نتيجة لازمة للبيع الصحيح ، أصبح متراخياً إلى ما بعد شهره ، لذلك يبقى البائع ملزما بموجب العقد بتسليم المبيع وبنقل الملكية للمشترى ، كما يبقى المشترى ملزما بأداء الثمن، إلى غير ذلك من الالتزامات التى ترتبت بينهما على التقابل بمجرد حصول البيع .

(جلسة ١٩٧٣/٥/٩ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٤ ص ٧٢٥)

(جلسة ١٩٧٦/٤/٦ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٧ ص ٨٦٢)

مدنى صراحة على ذلك ، إذ تقول : «وللمشترى ثمر المبيع ونماؤه من وقت تمام البيع ، وعليه تكاليف المبيع من هذا الوقت أيضاً ، هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيره» (1)(١).

ثالثاً : إذا أفلس البائع بعد قبض الثمن وقبل تسليم المبيع ، جاز للمشترى أن يأخذ عين المبيع باعتباره قد أصبح ملكاً له ، ولا يزاحمه فى ذلك دائنو البائع (٢).

رابعاً : تنتقل ملكية المبيع من البائع إلى المشترى ، لا فى حق المتبايعين وحدهما ، بل أيضاً فى حق الورثة والدائنين . فوارث البائع لا يرث المبيع ، ولا يستطيع دائن البائع أن ينفذ على المبيع . وعلى العكس من ذلك يرث المبيع وارث المشترى ، ويستطيع دائن المشترى أن ينفذ على المبيع .

خامساً : كان من المقبول أن يكون هلاك المبيع قبل التسليم على المشترى باعتباره مالكاً ، وهذا هو بالفعل حكم التقنين المدنى الفرنسى (م ١١٣٨ وم ١٦٢٤) وحكم تقنين الموجبات والعقود اللبنانى (م ٣٩٦) ، لولا أن التقنين المدنى المصرى – ومعه التقنين السورى والتقنين الليبى والتقنين العراقى – راعى أن الالتزام بالتسليم التزام تبعى كما قدمنا ، فاذا هلك المبيع بسبب أجنبى قبل التسليم انفسخ البيع ، فتحمل البائع تبعة الهلاك كما سيأتى.

(١) وهذا هو أيضا ما تقضى به المادة ٢/٥٧٢ من التقنين المدنى العراقى إذ تقول : «والزيادة الحاصلة فى المبيع بعد العقد وقبل القبض ، كالثمرة والنتاج ، تكون حقاً للمشترى ، وعليه تكاليف المبيع ، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك» . وتقضى بذلك أيضاً المادة ٣٩٦ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى ، فتنص على أنه «يجب على المشترى عند صيرورة العقد تاماً – ما لم يكن ثمة نص مخالف – أن يتحمل : أولا – الضرائب والتكاليف وسائر الأعباء المترتبة على المبيع . ثانياً – نفقات حفظ المبيع ومصاريف تحصيلها . ثالثاً – مخاطر العين المبيعة» . ثم تنص المادة ٤١٧ من نفس التقنين على أن «جميع منتجات المبيع وجميع زياداته المدنية والطبيعية تصبح ملكاً للمشترى من تاريخ إتمام البيع . ويجب أن تسلم إليه مع المبيع ، ما لم يكن هناك نص مخالف» . أنظر أيضاً فى هذا المعنى المادة ٢/٤٢٦ من التقنين المدنى السورى والمادة ٢/٤٤٧ من التقنين المدنى الليبى .

وانظر فى تملك المشترى لثمار المبيع ونمائه من وقت تمام البيع وتحمله تكاليف المبيع من هذا الوقت أيضاً ما يلى فقرة ٣٩٢ – فقرة ٣٩٣ .

(٢) وقد نص التقنين المدنى العراقى صراحة على هذا الحكم فى المادة ٥٣٣ ، وهى تقول : «إذا قبض البائع الثمن ثم أفلس قبل تسليم المبيع إلى المشترى ، أخذ المشترى المبيع من البائع أو من ورثته دون أن يزاحمه سائر الغرماء» .

(1) مفاد المادة ٢/٤٥٨ من القانون المدنى أن المشترى يمتلك ثمر المبيع من وقت انعقاد البيع طالما أن التزام البائع بالتسليم غير مؤجل يستوى فى ذلك أن تكون الملكية قد انتقلت إلى المشترى أو تراخى انتقالها إلى وقت لاحق .

(جلسة ١٩٦٢/١٢/٢٠ مجموعة أحكام النقض السنة ١٣ ص ١١٥٩)

(جلسة ١٩٧٣/١/٣ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٤ ص ٩)

(جلسة ١٩٧٧/٦/٢٨ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٨ ص ١٥٣٢)

المطلب الثانى

نقل الملكية فى المنقول

٢٤٠ – التمييز بين الشئ المعين بذاته والشئ المعين بنوعه : حتى نتبين كيف تنتقل الملكية إلى المشترى فى المنقول ، يجب التمييز بين الشئ المعين بذاته والشئ المعين بنوعه، فقد رأينا أن الملكية فى الحالة الأولى تنتقل فوراً بمجرد تمام العقد ، ولا تنتقل فى الحالة الثانية إلا بالإفراز .

وقبل أن نتناول فى شئ من التفصيل كلا من الحالتين ، نلاحظ أن هذا التمييز يسرى أيضاً على العقار ، فهناك عقار لا يعين إلا بنوعه كما إذا بيع ألف متر تفرز من أرض مساحتها أكبر من ذلك ، فنسرى فى هذه الحالة الأحكام التى سنذكرها فى المنقول ، ولا يتعين المبيع ، ومن ثم لا يمكن تسجيل البيع لنقل الملكية ، إلا بعد إفراز ألف متر بالذات وهى المساحة المبيعة (١) . ولكن لما كانت هذه الحالة نادرة ، ويغلب كثيراً أن يكون الشئ المعين بنوعه لا بالذات منقولا لا عقاراً ، كما يغلب كثيراً أن يكون العقار شيئاً معيناً بالذات ، فقد عرضنا للتمييز بين الشئ المعين بالذات والشئ المعين بنوعه فى صدد المنقول .

١ – الشئ المعين بذاته

٢٤١ – انتقال الملكية فوراً بمجرد تمام العقد : فاذا كان المبيع منقولا معيناً بالذات، وتوافرت الشروط الواجبة قانوناً التى أسلفنا ذكرها، فإن الملكية تنتقل إلى المشترى فوراً بمجرد تمام العقد(1) . وعقد البيع ذاته هو الذى ينقل الملكية ، بعد أن ينشئ التزاما بنقلها يتم تنفيذه فوراً بمجرد نشوئه على الوجه الذى قدمناه . وقد رأينا أن التقنين المدنى المصرى قرر هذه القاعدة فى المادة ٢٠٤ مدنى ، وأكدها فى المادة ٩٣٢ مدنى (٢) .

(١) الوسيط جزء ٢ فقرة ٤٢٢ ص ٧٧ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٣٤ .

(1) أ – لما كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى تقرير أن هذه الآلة ينطبق عليها عقد المطعون ضده الأول وأن ملكيته لها تثبت بهذا العقد دون تسجيل ، لأنه يقع على منقول ، فأنه اذ قضى بتثبيت ملكيته على سند من ذلك العقد ، لا يكون مخطئا فى تطبيق القانون .

(جلسة ١٩٧٢/١٠/٢٨ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٣ ص ١٢٢٥).

ب – البيع الذى يكون محله عينا معينة ، يحق للدائن أن يضع يده عليها ما دامت مملوكة للمدين البائع وقت البيع أو آلت ملكيتها إليه أو إلى خاصته .

(جلسة ١٩٩٥/١/٢٩ الطعن ٥٠٨٣ لسنة ٦٣ ق)

(جلسة ١٩٨٩/٥/٢٩ الطعن ٢٦٠ لسنة ٥٦ ق س ٤٠ ج ٢ ص ٤٥٧).

وتنتقل الملكية فوراً بمجرد تمام العقد فى المنقول ، سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة إلى الغير .

٢٤٢ – انتقال الملكية فيما بين المتعاقدين : فتنتقل الملكية بمجرد تمام العقد أولا فيما بين المتعاقدين . فلو أن شخصاً باع سيارة معينة بالذات مملوكة له من شخص آخر ، فان ملكية السيارة تنتقل من البائع إلى المشترى بمجرد تمام عقد البيع [١] . ويترتب على ذلك أن المشترى ، وقد أصبح مالكا للسيارة ، يستطيع أن يتصرف فيها حتى قبل أن يتسلمها من البائع . فاذا باعها لمشتر ثان انتقلت ملكيتها من المشترى الأول إلى المشترى الثانى بمجرد تمام البيع الثانى ، ولو كانت السيارة لا تزال باقية فى يد البائع الأول. ولا يعتبر المشترى الثانى «غيرا» فسنرى أن الغير هو شخص تلقى حقاً عينياً من البائع الأول على نفس المبيع، والمشترى الثانى إنما تلقى حق الملكية من المشترى الأول لا من البائع الأول .

٢٤٣ – انتقال الملكية بالنسبة إلى الغير : وتنتقل ملكية المنقول بمجرد تمام العقد أيضاً بالنسبة إلى الغير . فلو أن البائع الأول للسيارة فى المثل المتقدم باع السيارة مرة أخرى لمشتر آخر ، فانه يكون قد باع ما لا يملك إذ أن الملكية قد انتقلت منه إلى المشترى الأول بالبيع الأول ، لا فيما بينهما فحسب ، بل أيضاً بالنسبة إلى المشترى الآخر الذى تصرف له بالبيع مرة أخرى وهذا هو الغير .

فلو بقيت السيارة فى يد البائع الأول ، فان الذى يستردها منه هو المشترى الأول لأنه هو المالك ، ويرجع المشترى الآخر بتعويض على البائع الأول إذ أن هذا قد باع ما لا يملك كما سبق القول ، وذلك وفقاً للقواعد المقرر فى بيع ملك الغير .

وإذا سلم البائع الأول السيارة للمشترى الأول ، فانه يكون قد سلمها إلى مالكها ، وليس للمشترى الآخر أن يرجع بشئ على المشترى الأول ، وإنما يكون رجوعه على البائع الأول كما قدمنا .

ولكن إذا سلم البائع الأول السيارة للمشترى الآخر ، وكان هذا المشترى الآخر حسن النية لا يعلم أن السيارة بيعت قبل ذلك للمشترى الأول [٢] ، فانه يملك السيارة . ولكنه لا يملكها بعقد البيع الصادر له من البائع الأول ، فقد قدمنا أن البائع الأول وقت أن باع السيارة للمشترى الآخر لم يكن مالكاً لها ، وبيع ملك الغير لا ينقل الملكية بذاته . ولكن المشترى الآخر يملك السيارة بسبب غير البيع ، وهذا السبب هو الحيازة بحسن نية . وتنتقل إليه الملكية لا من البائع الأول فهو غير مالك ، ولكن من المشترى الأول الذى

(١) الوسيط جـ ٢ فقرة ٤١٧ .

(٢) أما إذا كان المشترى الآخر سيئ النية ، فإنه لا يملك السيارة بالحيازة . وتبقى السيارة مملوكة للمشترى الأول ، وله أن يستردها من المشترى الآخر بدعوى الملكية ، ويرجع المشترى الآخر على البائع الأول كما قدمنا .

أصبح مالكاً بالبيع الأول كما أسلفناه [١] . ويملك المشترى الآخر حسن النية السيارة بالحيازة، حتى لو كان المشترى الأول قد باع قبل ذلك السيارة إلى مشتر ثان فى المثل الذى قدمناه، وإنما تنتقل الملكية فى هذه الحالة إلى المشترى الآخر الحائز بحسن نية لا من المشترى الأول بل من المشترى الثانى الذى أصبح مالكاً بالبيع الصادر له من المشترى الأول .

٢٤٤ – انتقال الملكية فى البيع الجزاف : احالة : وقد رأينا أن المادة ٤٢٩ مدنى تنص على أنه «إذا كان البيع جزافاً ، انتقلت الملكية إلى المشترى على النحو الذى تنتقل به فى الشئ المعين بالذات ، ويكون البيع جزافاً ولو كان تحديد الثمن موقوفاً على تقدير المبيع». وسبق أن حددنا متى يكون البيع جزافاً ، وبينا أن المبيع إذا كان مما يوزن أو يكال أو يقاس أو يعد، ولكنه لا يحتاج فى تعيينه إلى تقدير بل هو معين بالذات ، ولو كان تحديد الثمن موقوفاً على تقديره ، فإن البيع يكون فى هذه الحالة جزافاً [٢] . وذكرنا أن بيع الجزاف ، من حيث انتقال الملكية ، حكمه هو حكم بيع الشئ المعين بالذات ، فتنتقل الملكية فيه بمجرد تمام العقد فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى الغير [٣](1). ونكتفى هنا بالإحالة إلى ما قدمناه فى ذلك .

٢ – الشئ معين بنوعه

٢٤٥ – انتقال الملكية بالافراز : وإذا كان المنقول شيئاً غير معين بالذات بل معيناً بنوعه [٤]، وكان البيع بالتقدير [٥]، لم تنتقل الملكية بمجرد تمام عقد البيع على خلاف ما رأيناه فى الشئ المعين بالذات ، وإنما تنتقل بافراز المبيع وجعله بالإفراز معيناً بالذات ولو قبل التسليم . ذلك أن الشئ قبل إفرازه غير معروف بالذات ، فهناك إذن استحالة طبيعية فى أن تنتقل ملكيته إلى المشترى قبل الافراز [٦].

(١) الوسيط جزء ٢ فقرة ٤١٧ ص ١٧٧ – وانظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥١٤ – ص ٥١٥ ، وفى الوسيط جزء ٢ ص ٧٧١ هامش رقم ١ .

(٢) أنظر آنفا فقرة ١١٩ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ١٢٠ .

(٤) أنظر آنفاً فقرة ١١٧ .

(٥) أنظر آنفاً فقرة ١١٨ .

(٦) أنظر الوسيط جزء ٢ فقرة ٤٢٠ .

(1) متى كان المبيع جزافاً فان الملكية تنتقل إلى المشترى بمجرد تمام العقد طبقاً للمواد ٤٢٩ ، ٢٠٤ ، ٩٣٢ من القانون المدنى ولو كان تحديد الثمن موقوفا على تقدير المبيع كما يتم تسليم المبيع فيه طبقا للمادة ٤٣٥ بوضعه تحت تصرف المشترى بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ولو لم يستول عليه استيلاء ماديا ما دام البائع قد اعلمه بذلك
(جلسة ١٩٦٨/٣/٢٨ مجموعة أحكام النقض السنة ١٩ ص ٦٢٢)

وهذا ما نصت عليه صراحة المادة ٢٠٥ مدنى إذ تقول: ١ – إذ ورد الالتزام بنقل حق عينى على شئ لم يعين إلا بنوعه ، فلا ينتقل الحق إلا بافراز هذا الشئ. ٢ – فإذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه ، جاز للدائن أن يحصل على شئ من النوع ذاته على نفقة المدين بعد استئذان القاضى أو دون استئذانه في حالة الاستعجال، كما يجوز له أن يطالب بقيمة الشئ من غير أخلال فى الحالتين بحقه في التعويض» [1] . ثم أكدته المادة ٥٣٣ مدنى إذ تقول : «المنقول الذى لم يعين الا بنوعه لا تنتقل ملكيته الا بافرازه طبقا للمادة ٢٠٥».

٢٤٦ – كيف تنتقل الملكية بالافراز – احالة : وقد قدمنا فى هذا الجزء من الوسيط[2] ، وفى الجزء الثانى منه [3] ، كيف يكون الإفراز ، وكيف تنتقل الملكية بها ولو قبل التسليم ، وإن كان المألوف فى التعامل أن يتم الإفراز وقت التسليم ، واستعرضنا حالة ما إذا كان الشئ غير المعين إلا بنوعه نقوداً [4] أو غير نقود [5] . وبينا أن البيع يرتب في ذمة البائع التزاما بنقل الملكية ، حتى قبل التسليم وحتى قبل الإفراز[6] . وذكرنا كذلك ألا فرق فى تحمل تبعة الهلاك أن يهلك الشئ قبل الإفراز أو بعده [7] . فنكتفي هنا بالإحالة إلى ما قدمناه هناك .

٢٤٧ – الحكم فيما اذا امتنع البائع عن الافراز – احالة : وإذا لم يقم البائع بتنفيذ التزامه من إفراز المبيع ، جاز للمشترى أن يحصل على شئ من النوع ذاته على نفقة المدين، فيقوم بشرائه بنفسه ويرجع بالثمن والمصروفات على البائع، بل ويرجع أيضاً بالتعويض عما قد يكون أصابه من خسارة بسبب تأخر البائع فى تنفيذ التزامه . والأصل أن يستأذن المشترى القاضى فى ذلك ، فاذا كانت الظروف لا تحتمل الإبطاء كان له دون استئذان ، ولكن بعد إعذار البائع ، أن يقوم بالشراء . وقد سبق أن بسطنا القول فى ذلك فى الجزء الثانى من الوسيط[8] ، فنكتفى هنا بالإحالة إلى ما قدمناه فى ذلك .

٢٤٨ – نقل الملكية فى الأشياء المصدرة إلى المشترى : تنص المادة ٩٤ من القانون التجارى الجديد على أن «إذا قام البائع بناء على طلب المشترى بارسال المبيع إلى غير المكان المعين لتسليمه كانت تبعة الهلاك على المشترى من وقت تسليم المبيع إلى من

---

(١) أنظر فى هذا النص الوسيط جزء ٢ فقرة ٤١٩ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ١٢٠ .

(٣) الوسيط جزء ٢ فقرة ٤٢١ – فقرة ٤٢٢ .

(٤) الوسيط جزء ٢ فقرة ٤٢١ .

(٥) الوسيط جزء ٢ فقرة ٤٢٢ .

(٦) أنظر آنفا فقرة ١٢٢ .

(٧) أنظر آنفاً فقرة ١٢١ .

(٨) الوسيط جزء ٢ فقرة ٤٢٣ .

يتولى نقله ، إلا اذا اتفق أو نص القانون على غير ذلك» . وانتقال الملكية هنا يكون بالإفراز طبقاً للقاعدة التى أسلفناها . ولكن الإفراز فيما نحن بصدده يتخذ صورة خاصة هى التسليم [1] ، فما لم يتفق المتبايعان على شئ آخر ، فان المفروض أنهما اتفقا على أن يتم انتقال الملكية وقت التسليم . فقبل التسليم تبقى الملكية للبائع ، وهو الذى يتحمل تبعة الهلاك ، وبالتسليم تنتقل الملكية إلى المشترى وتنتقل معها تبعة الهلاك . ونرى من ذلك أن البائع لا يزال يتحمل تبعة الهلاك قبل التسليم وفقاً للقاعدة العامة ، ولكنه قبل التسليم يبقى أيضا مالكاً للمبيع إذ الملكية لا تنتقل إلا بالتسليم ، ومن ثم لم تتعارض القاعدة التى تقضى بأن الهلاك على البائع قبل التسليم مع القاعدة التى تقضى بأن الهلاك على المالك ولو قبل التسليم ، لأن البائع هنا هو المالك .

ويبقى بعد كل ذلك أن نعرف متى يتم تسليم البضائع ، لنعرف متى تنتقل الملكية إلى المشترى فتنتقل إليه تبعة الهلاك[2] . ولا تخرج الحال عن أحد أمرين : (١) فإما أن يتم التسليم عند الشحن أى فى محطة التصدير ، فاذا تم الشحن انتقلت الملكية إلى المشترى، وكانت تبعة هلاك البضائع فى الطريق عليه . (٢) وأما أن يتم التسليم عند التفريغ أى في محطة التوريد ، فلا تنتقل الملكية إلى المشترى بالشحن بل تتراخى إلى حين وصول البضائع، وتكون تبعة هلاك البضائع فى الطريق على البائع الذى يبقى مالكاً لها إلى حين وصولها إلى محطة التوريد .

يغلب أن يتفق المتعاقدان على أحد الأمرين . فأما أن يتفقا على أن يتم التسليم عند الشحن [3] [I] ، وهو ما يقع عادة فى النقل البرى عند اشتراط التسليم فى محطة الشحن

---

(١) فيتم الإفراز عند التسليم .

(٢) وكذلك إذا أفلس البائع والبضائع فى الطريق ، جاز للمشترى أخذها إذا كانت الملكية انتقلت إليه عند الشحن ، ولا يجوز له ذلك إذا كانت ملكية البضائع في الطريق لا تزال للبائع (الأستاذان أحمد نجيب الهلالى وحامد ذكى فقرة ٢٤٦ – ص ٢٤٠ – الأستاذ محمد على إمام فقرة ١١٥ – ص ٢١٦ – ص ٢١٧) .

وقضت محكمة النقض بأن القاعدة التى تقضى بأن الهلاك على المالك إنما تقوم إذا حصل الهلاك بقوة قاهرة ، أما إذا نسب إلى البائع تقصير فإنه يكون مسئولا عن نتيجة تقصيره (نقض مدنى ٢٧ يونيه سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ١٠٨ ص ٧٦٧) .

(٣) استئناف مختلط ١٠ مايو سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢٤٥ – ٢٣ مارس سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٦٧.

(I) أ – مفاد التعاقد بين البائع والمشترى على بيع البضاعة FOB أن يتم تسلم البضاعة فى ميناء القيام عند شحنها على ظهر السفينة ، وأن تبرأ من ذلك الوقت ذمة البائع من الالتزام بالتسليم وتنتقل ملكية البضاعة إلى الشركة المشترية التى تلتزم وحدها بمخاطر الطريق ، ويقع على عاتقها عبء التعاقد على نقل البضاعة من ميناء الشحن إلى ميناء الوصول والتأمين عليها ، إلا أن ثبت البائع فى ابرام هذا التعاقد لمصلحتها بوصفه وكيلا عنها .

(franco gare départ) وفى النقل البحرى عند اشتراط تسليم السفينة (vente fob, franco bord) . وفى هذه الحالة تنتقل ملكية البضائع وتبعة الهلاك إلى المشترى بمجرد الشحن كما قدمنا ، وتكون مصروفات النقل عليه ، ومن ثم يلتزم البائع بشحن البضائع على السفينة التى يعينها له المشترى ، ويتكفل المشترى بدفع مصروفات النقل والتأمين الناولون. وقد يوكل المشترى البائع فى اختيار السفينة وفى التأمين عليها اقتصاداً لأجر الوسيط، فيتضمن الثمن المصروفات والتأمين والناولون : (coût-assurance frêt caf-cost-insurance -freight: Cif) ، [1] ولا تعتبر تسليم البضائع قد تم إلا إذا

= (جلسة ١٩٧٣/٤/٣ الطعن ٩٣ لسنة ٣٨ ق س ٢٤ ص ٥٥٩)

(جلسة ١٩٦٦/١٢/٢٧ الطعن ٦٤ لسنة ٣٠ ق س ١٧ ص ١٩٧٩)

(جلسة ١٩٥٨/١١/١٣ الطعن ٢٨٣ لسنة ٢٤ ق س ٩ ص ٦٩٩)

ب - المشترى فى البيع سيف هو الذى يتحمل تبعة الهلاك الذى يصب البضاعة أثناء الطريق متى انتفى غش البائع واصابة البضاعة بعيب خفى .

(جلسة ١٩٧٣/١٢/٢٧ الطعن ٢١٠ لسنة ٣٨ ق س ٢٤ ص ١٣٦٣)

(جلسة ١٩٧٣/٥/١٩ الطعن ٢٦١ لسنة ٣٧ ق س ٢٤ ص ٧٩١)

(١) أنظر فى القضاء المختلط فى البيع (CIF) وفى أن مسئولية خطر الطريق على المشترى لا على البائع : استئناف مختلط ٣ ديسمبر ١٩١٣ م ٢٦ ص ٧١ - ١٤ أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٧٦ - ٢٠ مايو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٤٤٢ - ١٩ نوفمبر سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٧٨ - ١٣ فبراير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٢٢٠ - ٣١ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ١٢٨ - ٢٧ يناير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٤٨ - ٨ مارس سنة ١٩٣٣ م ٤٥ص ١٩٦ - ١١ أبريل سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٤٥ - ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٣٥ م ٤٨ ص ٣١ - ١٢ يونيه سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٣٠٩ - ١٢ نوفمبر سنة ١٩٤١ م ٥٤ ص ٨ - ١٨ نوفمبر سنة ١٩٤٢ م ٥٥ ص ٩ - ٦ يناير سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ٢٦ - ٣ فبراير سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١٤٩ - ١٥ ديسمبر سنة ١٩٤٣ م ٥٦ ص ٢١ - ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٤٣ م ٥٦ ص ٢٩ - ٥ يناير سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٤٢ - ٨ مارس سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٦٩ - ٢٢ مارس سنة ١٩٤٤ م ٥٦ - ص ٩٠ - ١٩ أبريل سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٢٤ - ٣١ مايو سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٧٨ - ٣ يونية سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٥٦ ص ١٨١ - ١٣ ديسمبر سنة ١٩٤٤ م ٥٧ ص ٢٦ - ٢٨ فبراير سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ٧٨ - ١٦ مايو سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٥٤ - ٣٠ مايو سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٥٩ - ١٣ فبراير سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٥٤ - ٥ مايو سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ١٠٧ - ٢٣ يونيه سنة ١٩٤٨ م ٦١ ص ١٣ - ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٤٨ م ٦١ ص ٣٣.

وقضت محكمة استئناف مصر بأن البيع CIF معناه وفاء البائع ثمن البضاعة وأجرة التأمين وناولون الشحن وتحمل المشترى مسئولية العجز أو التلف الحاصل للبضاعة بعد الشحن (استئناف مصر ١٦ يونية سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ١/١٢٩ ص ١٧٣) .

وانظر فى البيع (FOB) أى باشتراط تسليم السفينة : استئناف مختلط ١٢ مايو سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ١٨٩ - ١١ ديسمبر سنة ١٩٤٦ م ٥٩ ص ٥٥ - ١٩ مارس سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٤٨ - ١٧ ديسمبر سنة ١٩٤٧ م ٦٠ ص ٥١ - ٨ يونية سنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ١٢٩.

أرسل البائع للمشترى البيانات الدالة على ذلك [1] . وإما أن يتفق المتعاقدان على أن يتم التسليم عند التفريغ ، وفى هذه الحالة تبقى البضائع ملكا للبائع ، وعليه تبعة الهلاك أثناء الطريق ، وعليه مصروفات النقل ، ولا تنتقل الملكية إلى المشترى وتنتقل معها تبعة الهلاك إلا إذا وصلت البضاعة سليمة إلى محطة التوريد .

فإذا لم يتفق المتعاقدان متى يتم التسليم ، وجب فى المسائل المدنية تطبيق المادة ٤٣٦ مدنى وتنص على أن التسليم يكن عند التفريغ فى محطة التوريد ، إذ تقول : «إذا وجب تصدير المبيع للمشترى ، فلا يتم التسليم إلا إذا وصل إليه ، ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك» [2] . أما فى المسائل التجارية ، فيراعى مع هذا النص عرف التجارة [3] .

وهذا كله إذا كان المبيع بضائع ، أى منقولا غير معين إلا بنوعه . أما إذا كان المبيع منقولا معيناً بالذات ، انتقلت ملكيته من وقت العقد ، ولكن التسليم لا يتم إلا فى مكان التفريغ ، فتكون تبعة الهلاك قبل التسليم على البائع إلا على المالك (المشترى) ، لأننا نكون قد خرجنا عن نطاق التعامل التجارى إلى نطاق التعامل المدنى [4] .

المطلب الثالث

نقل الملكية فى العقار

٢٤٩ - لا تنتقل الملكية إلا بالتسجيل : أما إذا كان المبيع عقاراً ، فان الملكية ، سواء فى حق الغير أو فيما بين المتعاقدين ، لا تنتقل إلا بتسجيل عقد البيع . وقد أشارت إلى هذا الحكم صراحة المادة ٢٠٤ مدنى عندما نصت ، كما رأينا ، على أن «الالتزام بنقل الملكية أو أى حق عينى آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق ، إذا كان محل الالتزام شيئاً معينا بالذات يملكه الملتزم ، وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل». ثم أكدت

(١) والبيانات هى فى النقل البحرى اسم السفينة والعلامات أو الأرقام التى تحملها البضائع . وفى النقل البرى إذا كان التسليم فى محطة الشحن ، قد يلتزم البائع بحجز العربات اللازمة لشحن البضاعة (franco sur wagon) .

انظر فى كل ذلك بيدان ١١ فقرة ١٦٥ .

(٢) وكان التقنين المدنى السابق ينص فى المادة ٢٣٣/١٧٠ على أن الوفاء يكون فى موطن المتعهد أى أن التسليم يتم فى محطة الشحن لا فى محطة التفريغ (استئناف مختلط ١٨ مايو سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٢٤٤ - ١٢ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٩٧ - الأستاذان أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ٢٤٦ ص ٢٤١) . فيسرى حكم التقنين السابق على كل العقود التى تمت قبل يوم ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ .

(٣) الاستاذان أنور سلطان فقرة ١٦١ وص١٨١ هامش رقم ١ - الأستاذان محمد على إمام فقرة ١١٥.

(٤) أنظر ما يلى فقرة ٣١١ .

المادة ٩٣٢ مدنى هذا المعنى ، فقد رأيناها تقول : «تنتقل الملكية وغيرها من الحقوق العينية فى المنقول والعقار بالعقد، متى ورد على محل مملوك للمتصرف طبقاً للمادة ٤٠٢، وذلك مع مراعاة النصوص الآتية» . ونجد بين النصوص التى تشير إليها المادة ٩٣٢ مدنى النص الخاص بالعقار، وهو نص المادة ٩٣٤ مدنى ويجرى على الوجه الآتى : «١- فى المواد العقارية لا تنتقل الملكية ولا الحقوق العينية الأخرى ، سواء أكان ذلك فيما بين المتعاقدين أم كان فى حق الغير ، إلا إذا روعيت الأحكام المبينة فى قانون تنظيم الشهر العقارى . ٢- ويبين قانون الشهر المتقدم الذكر التصرفات والأحكام والسندات التى يجب شهرها سواء أكانت ناقلة للملكية أم غير ناقلة ، ويقرر الأحكام المتعلقة بهذا الشهر»(1) .

وإذا كان نظام الشهر العقارى لا تقتصر منطقته على عقد البيع ، إذ هو يمتد إلى جميع العقود الناقلة للملكية ، بل وإلى العقود غير الناقلة للملكية ، بل وإلى الأحكام والسندات كما رأينا فى النص ، فان عقد البيع مع ذلك هو أهم العقود التى يجرى عليها التسجيل وأوسعها انتشاراً ، فيحسن الإلمام بنظام الشهرى العقارى فى مناسبة الكلام فى تسجيل عقد البيع ، وقد جرى الفقه المصرى على هذه السنة .

فنستعرض أولا تطور نظام الشهر العقارى فى مصر حتى قانون تنظيم الشهر العقارى رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ ، وذلك فى كثير من الإيجاز وموضع التفصيل فيه يكون عند الكلام فى أسباب كسب الحقوق العينية ، ثم نعرض لتطبيق نظام التسجيل على عقد البيع خاصة .

١ - تطور نظام الشهر العقارى فى مصر

٢٥٠ - نظام الشهر بوجه عام : الحق العينى بطبيعته نافذ فى حق الكافة ، فكان الواجب شهره أى إيجاد طريقة تيسر لذى المصلحة من المتعاملين العلم بوجوده ما دام هذا الحق نافذاً فى حقه ، حتى يعتد به ويدخله فى حسابه عند التعامل . فاذا اشترى عيناً، سهل عليه قبل أن يقدم على شرائها أن يعرف العينية المتعلقة بهذه العين والتى هى نافذة فى حقه، فلو كانت العين مرهونة مثلا ستنزل مقدار الدين المضمون بالرهن من الثمن ، أو كانت مملوكة لشخص آخر غير البائع لم يقدم على الشراء أصلا .

(1) الملكية فى المواد العقارية والحقوق العينية الأخرى لا تنتقل سواء بين المتعاقدين أم بالنسبة للغير إلا بالتسجيل وما لم يحصل هذا التسجيل تبقى الملكية على ذمة المتصرف ولا يكون للمتصرف إليه ما بين تاريخ التعاقد إلى وقت التسجيل سوى مجرد أمل فى الملكية دون أى حق فيها وكان الثابت أن الطاعنين لم يسجلا عند شرائها للارض محل النزاع إلا بتاريخ - فان الملكية لا تنتقل إليهم إلا منذ هذا التاريخ ويكون الحكم قد التزم هذا النظر موافقا لصحيح القانون .

(جلسة ١٩٩٠/٢/١ الطعن ١١٩٦ لسنة ٥٣ ق)

(جلسة ١٩٧٣/٥/٩ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٤ ص ٧٢٥)

وشهر الحقوق العينية يكون باثبات التصرفات القانونية التى هى مصدر لها فى سجلات يمكن للناس كافة الاطلاع على ما جاء فيها من البيانات وأخذ شهادات بها . ويكون إثبات هذه التصرفات إما بطريقة التسجيل (transcription) ، وهى إثبات حرفى للمحررات المشتملة على التصرفات حتى يتيسر لذى المصلحة معرفة جميع ما ورد فى التصرف ، وهذه الطريقة ضرورية فى الحقوق العينية الكاملة . وإما بطريقة القيد (inscription) ، وتقتصر على إثبات البيانات الجوهرية الواردة فى التصرف ، وهى البيانات التى يهم ذا المصلحة العلم بها. وهذه الطريقة كافية فى الحقوق العينية التبعية أى التأمينات العينية ، وهى الرهون وحق الاختصاص وحقوق الامتياز ، فيكفى إثبات مبلغ الدين والعقار المثقل بالتأمين واسمى الدائن والمدين وما إلى ذلك من البيانات الجوهرية .

ويخلص مما قدمناه أن نظام الشهر لا يتسع إلا للتصرفات القانونية الواقعة على عقار. لا يتسع نظام الشهر للوقائع المادية ، لأن هذه الوقائع لا تثبت عادة فى محررات حتى يمكن شهرها، هذا إلى أن أكثر الوقائع المادية لها علامات ظاهرة محسوسة تراها الناس فتعلم بها. ومع ذلك فهناك واقعة مادية هى الموت وما يرتبه من حق الأرث يمكن أن تخضع لنظام الشهر - وقد أخضعت فعلا لهذا النظام فى قانون تنظيم الشهر العقارى لسنة ١٩٤٦ - لأهميتها ولسهولة إثباتها فى محرر يكون صالحاً للشهر . ولا يتسع نظام الشهر للتصرفات الواقعة على منقول ، فالمنقول*ليس له حيز ثابت مستقر كالعقار ، فلا يمكن تركيز الشهر فى مكان معين. ومع ذلك فمن المنقولات ما يجرى فيه نظام الشهر لاستقرار مكانه أو لإمكان تركيز شهر فى مكان معين ، وذلك كالمتاجر والسفن . وتقوم الحيازة فى المنقول مقام الشهر فى حماية الغير حسن النية . على أن هناك حقوقاً شخصية تشبه الحقوق العينية من حيث صلاحيتها للشهر ، أهمها الحقوق الناشئة من عقد الإيجار الواقع على عقار، فعقود الإيجار والمخالصات بالأجرة وحوالتها إذا زادت على مدة معينة تكون هى أيضاً خاضعة لنظام الشهر .

وفى الحدود التى تكون الحقوق فيها صالحة لنظام الشهر يبدو هذا النظام ضرورياً للتعامل فى العقارات وللائتمان العقارى . فمن يريد التعامل فى عقار يعنيه بطبيعة الحال أن يعرف ما يثقل هذا العقار من الحقوق حتى يكون على بصيرة من أمره ، فلا يقدم على التعامل إلا وهو عارف بحالته . ومن يقدم على إقراض الغير فى مقابل رهن يأخذه على عقاره يعنيه أن يعرف إن كان هذا العقار مملوكاً فعلا للمدين حتى يكون حق رهنه مأموناً ، ويعنيه أيضاً أن يعرف هل ثقل العقار قبل ذلك بحقوق عينية تسبق حقه حتى يعرف مرتبته بين الدائنين المقيدين .

لذلك لم يخل بلد متحضر من نظام الشهر ، بل إن نظم الشهر قديمة إلى حد أن المؤرخين يرجعونها إلى عهد الحضارة المصرية القديمة . وهناك نوعان لنظام الشهر : نوع متأخر وهو نظام الشهر الشخصى ، ونوع متقدم وهو نظام الشهر العينى أو السجل العقارى (Livre Foncier) . ذلك أن نظام الشهر، حتى يكون نظاماً سديداً ، يجب أن يكون

محكماً في ترتيبه وفي حجيته . أما في ترتيبه ، فينبغي أن يكون من شأن الترتيب الذي يضعه لتسجيل التصرفات وقيدها أن ييسر لذوى الشأن معرفة ما تهمهم معرفته من هذه التصرفات . وأما في حجيته ، فينبغي أن يكون لشهر التصرفات حجية قاطعة بحيث لا يشهر تصرف إلا بعد التحرى من صحته فاذا ما شهر كانت صحته مقطوعاً بها ، فيكون للشهر هـذه الحجية المطلقة .

ونظام الشهر الشخصي معيب من هاتين الناحيتين . فهو معيب من ناحية الترتيب ، إذ التسجيل فيه أو القيد يكون وفقاً لأسماء الأشخاص ، ومن هنا كان نظاماً شخصياً. فصاحب المصلحة لا يعرف من سجلاته إلا الشخص الذى تصرف في العقار ، ولا يفيد هذا حتماً كل ما وقع على عقار معين من تصرفات . فقد يتصرف شخص في عقار غير مملوك له فيسجل التصرف باسمه ، ثم يتصرف المالك الحقيقي في العقار فيسجل التصرف باسم هذا المالك، ويكون التصرفان متفرقين في موضوعين متباعدين تحت اسمين مختلفين . ومن ثم كان من الممكن أن يتعامل الشخص مع المشترى من المالك ، إذ يجد التصرف الصادر للمشترى من المالك مسجلا تحت اسم المالك ، فيكون التعامل سليما . كما أنه من الممكن أن يتعامل مع المشترى من غير المالك دون أن يعلم ، إذ يجد التصرف الصادر للمشترى من غير المالك مسجلا تحت اسم هذا الأخير ، فيكون التعامل معيباً . ولهذا لا يحقق نظام الشهر الشخصي الغرض الذى وضع من أجله . ثم إن هذا النظام معيب من ناحية الحجية ، فان التصرفات التي تشهر في هذا النظام لا يتحرى عادة عن صحتها ، بل تشهر كما هي ، فان كانت صحيحة بقيت صحيحة ، وإن كانت معيبة لسبب من أسباب البطلان أو كانت مزورة بقيت على حالتها معيبة أو مزورة . فالشهر في هذا النظام لا يطلق عقداً صحيحاً ، ولا يصحح عقداً باطلا . بل هـو طريق العلانيـة لمعرفـة التصرف كما هو، صحيحاً كان أو باطلا، سليما كان أو معيباً . وهذا النظام الشخصي للشهر يسود العالم اللاتيني ، فهـو النظـام القائـم فـي فرنسا [1] وفي بلجيكا [2] وفي إيطاليا [3] وفي كثير من البلاد اللاتينية . وهو النظام الذى لا يزال قائماً في مصر ، بعد أن تخفف من بعض عيوبه كما سنرى .

---

(١) كان التقنين المدنى الفرنسي يقرر أن الملكية في العقار تنتقل بالعقد ، فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى الغير ، إلا إذا انتقلت بعقد تبرع كالهبة فلا يحتج به على الغير إلا بالتسجيل . ثم صدر تشريع ٢٣ مارس سنة ١٨٥٥ يوجب تسجيل عقود المعاوضة والتبرعات للاحتجاج بها على الغير . وفي ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٣٥ صدر مرسوم بقانون (داللوز الدورى ١٩٣٥ – ٤ – ٤١٩) أضاف إلى التصرفات الواجبة التسجيل للتصرفات والأحكام الكاشفة . وفي ٤ يناير سنة ١٩٥٥ صدر مرسوم ، تسرى أحكامه ابتداء من أول يناير سنة ١٩٥٦ (داللوز أنسيكلوبيدى ٥ ص ٣٨٩ وما بعدها) ينظم الشهر في الحقوق العينية الأصلية والتبعية بصفة عامة ، وقد حل هذا التشريع محل تشريعي سنة ١٨٥٥ وسنة ١٩٣٥ .

(٢) قانون ١٦ ديسمبر سنة ١٨٥١ .

(٣) التقنين المدنى الإيطالي م ٢٦٤٣ وما بعدها .

أما نظام الشهر العيني أو السجل العقارى (Livre Foncier, Grundbuch) فهو نظام محكم من الناحيتين ، ناحية الترتيب وناحية الحجية . فمن ناحية الترتيب لا تشهر التصرفات وفقاً لأسماء الأشخاص ، بل وفقاً للعقار ذاته ومن هنا كان نظاماً عينياً. فلكل عقار مكان خاص في السجل العقارى ، ويثبت في هذا المكان كل ما يقع على هذا العقار من التصرفات وما يثقله من الحقوق . فاذا أراد شخص أن يتعامل في عقار ، أمكنه بالرجوع إلى السجل العقارى أن يعرف حالة العقار على خير ما يمكن من الدقة . يعرف مالك العقار، والتصرفات التي وقعت منه في عقاره ، وما يثقل هذا العقار من الحقوق والتكاليف ، فيقدم على التعامل وهو مطمئن . ثم إن نظام الشهر العيني محكم من ناحية الحجية . فالتصرفات التي تشهر لا يتم شهرها إلا بعد التحرى عن صحتها تحرياً بالغاً ، فيستقصى عن موقع العقار وحدوده ومساحته ، ثم عن أسماء من وقع منهم التصرف وعن أهليتهم ، ثم عن التصرف نفسه هل صدر من مالك ، وهل هو صحيح فيشهر أو معيب فيمتنع شهره . ويشرف على هذا كله قاض (Grundbuchrichter) ، هو الذى يأمر بعد الفحص الدقيق بإجراء التسجيل. والنتيجة المترتبة على هذا التحرى أن التصرف الذى يشهر في السجل العقارى تكون له حجية كاملة ، فينتقل الحق العيني إلى المتصرف له لابناء على التصرف الصادر بل بناء على شهر الحق . فالشهر لا التصرف هو الذى ينقل الحق ، ومهمـة التسجيل في نظام الشهر العيني هو نقل الحق العيني لا مجرد إعلان التصرف . وقد يكون التصرف معيباً في الحالات القليلة التي لا يكشف فيها هذا العيب بعد التحرى الدقيق الذى أسلفنا ذكره ، ومع ذلك إذا شهر هذا التصرف المعيب انتقل الحق بالشهر لا بالتصرف كما قدمنا، وصحح الشهر عيوب التصرف . وهذه هي أهم ميزة للسجل العقارى، ويواجه هذا النظام التصرفات المعيبة التي يصححها الشهر ، وما يستتبع ذلك من الإضرار بأصحاب الحقوق الثابتة ، عن طريق تعويض أصحاب هذه الحقوق ، ويقتضى هذا التعويض من رسوم الشهر ذاتها ، فكأن في هذه الرسوم جزءاً هو بمثابة تأمين للمنتفعين بالسجل العقارى . والذى يمنع من الأخذ بهذا النظام مع مزاياه الظاهرة هو ما يقتضيه من جهود ونفقات بالغة في مسح جميع الأراضي قبل إدخاله، وتحقيق صحة الحقوق العينية المتعلقة بكل أرض منها ، تمهيداً لإثبات كل ذلك في السجل العقارى . وتزيد الصعوبات إذا كثرت الملكيات الصغيرة ، واشتبكت الحقوق القائمة عليها ، كما هي الحال في مصر حيث شرع في إدخالها هذا النظام منذ أكثر من ثلاثين عاما، وبذلت جهود كبيرة ونفقات جسيمة لا تزال متواصلة حتى اليوم ، ولما يتم إدخال النظام. وإنما يسهل نسبياً إدخال نظام السجل العقارى في بلد بكر لم تتجزأ فيها الملكيات ولم تتفتت إلى حد أن تنتشر الملكيات الصغيرة وتكون هي الأصل الغالب . وهذا هو السبب في أن النظام طبق أولا في استراليا حيث الظروف مواتية له على النحو المتقدم ، وضعه روبرت تورنس (Robert Torrens) . فسمى التشريع الذى أدخل النظام بتشريع تورنس (acte

(Torrens) ثم أدخل الفرنسيون النظام في تونس سنة ١٨٨٥ ، وفي كثير من مستعمراتهم . وأخذت به ألمانيا وسويسرا . وأخذت الدولة العثمانية أيضاً بهذا النظام ، وعرف باسم «الطابو» ، وبقى النظام في البلاد العربية التي كانت جزءاً من الدولة العثمانية ، فلا يزال نظام الطابو قائما في العراق[1] وفي سوريا وفي لبنان . وقد عدلته تشريعات كثيرة بعد أن

(١) أنظر في نقل الملكية في العقار بالبيع في القانون العراقي الأستاذ حسن عباس الصراف فقرة ٣١٩ – فقرة ٣٦٧ والأستاذ حسن علي الذنون فقرة ١٤٧ – فقرة ١٥٥ . وينتقد الأستاذ الذنون ما جاء في المادة ٥٠٨ مدني عراقي من أن بيع العقار لا ينعقد إلا إذا سجل في الدائرة المختصة ، فأصبح البيع عقداً شكلياً لا يتم إلا بالتسجيل .

وقد قام خلاف في الفقه العراقي في قيمة العقد غير المسجل في دائرة الطابو . والنصوص القانونية الواجب النظر إليها في هذه المسألة هي : (١) م ٥٠٨ مدني عراقي : «بيع العقار لا ينعقد إلا إذا سجل في الدائرة المختصة واستوفى الشكل الذى نص عليه القانون» . (٢) م ١١٢٦ مدني عراقي : «١– تنتقل الملكية بالعقد في المنقول والعقار . ٢ – والعقد الناقل لملكية عقار لا ينعقد إلا إذا روعيت فيه الطريقة المقررة قانوناً» . (٣) م ١١٢٧ مدني عراقي : «التعهد بنقل ملكية عقار يقتصر على الالتزام بالتعويض إذا أخل أحد الطرفين بتعهده ، سواء اشترط التعويض في التعهد أم لم يشترط» .

ويؤخذ من هذه النصوص : أولا – أن بيع العقار في القانون العراقي عقد شكلى لا يتم إلا بالتسجيل في دائرة الطابو . ومن ثم لا تنتقل الملكية إلى المشترى ، بالنسبة إلى الغير وفيما بين المتعاقدين ، إلا بالتسجيل في هذه الدائرة ومن وقت هذا التسجيل . ثانياً – التعهد السابق على البيع – وهو التعهد المنصوص عليه في المادة ١١٢٧ مدني عراقي – عقد غير مسمى ، فهو ليس إذن بعقد بيع . ولكنه عقد ملزم ، إذا به أخل المدين ألتزم بالتعويض . وهذا التعويض ينشأ عن مسئولية عقدية لا مسئولية تقصيرية لأن مصدره هو هذا التعهد الملزم وهو عقد غير مسمى كما سبق القول . فإذا اتفق المتعاقدان في هذا التعهد على مقدار التعويض – وهذا ما يسمى بالشرط الجزائي – جاز للقاضي الحكم بما اتفق عليه المتعاقدان، كما يجوز له الحكم بتخفيض الشرط الجزائي إذا أثبت المدين أن التقدير كان فادحاً ، أو بعدم استحقاقه أصلا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أى ضرر ، وكل هذا تطبيقاً للقواعد المقررة في الشرط الجزائي (أنظر ١٧٠ مدني) . وإذا لم يتفق المتعاقدان على شرط جزائي ، فإن هذا لا يمنع القاضي من تقدير التعويض عن الضرر الذى أصاب الدائن من جراء إخلال المدين بالتزامه ، طبقاً للقواعد المقرر في هذا الصدد (أنظر م ١٦٩ مدني عراقي) ، ومصدر هذا التعويض الذى يقدره القاضي هو ، كمصدر الشرط الجزائي ، المسئولية العقدية دائماً وليس المسئولية التقصيرية . ويخلص من ذلك أن القول بأن مصدر التعويض عن الإخلال بالتعهد بنقل ملكية العقار المنصوص عليه في المادة ١١٢٧ مدني عراقي هو المسئولية التقصيرية ليس بالقول السليم ، إذ المصدر هو المسئولية العقدية (قارن الأستاذ الذنون فقرة ٤١٨). وكذلك القول بأن هذا التعهد المنصوص عليه في المادة ١١٢٧ مدنى العراقي يتحول من عقد بيع باطل إلى عقد غير مسمى ليس سليما ، ولسنا هنا في حاجة إلى التحول ، فان العقد ينشأ منذ البداية عقداً غير مسمى صحيحاً ملزماً ، وليس عقد بيع باطل يتحول بعد ذلك إلى عقد غير مسمي (قارن الأستاذ الصراف فقرة ٣٣٩) .

وقد كان من الخير أن يجعل هذا التعهد المنصوص عليه في المادة ١١٢٧ مدني عراقي ملزماً بنقل الملكية عينا، فلا يقتصر على الإلزام بالتعويض . وهذا هو ما يقرره القانونان الألماني والسويسرى ، وكلاهما أخذ كالقانون العراقي بنظام السجل العقاري .

استقلت هذه البلاد ، وبخاصة في سوريا ولبنان حيث أصدر الفرنسيون في عهد الانتداب تشريعاً عقارياً شاملا بهذا النظام[1] .

والآن وقد ألممنا بنظام الشهر العقارى ، ننظر كيف تطور هذا النظام في مصر .

٢٥١ – عهود أربعة : قبل أن يصدر قانون تنظيم الشهر العقارى في سنة ١٩٤٦ ليعمل به ابتداء من أول يناير سنة ١٩٤٧ ، كان نظام الشهر العقارى قائماً بموجب نصوص قانون التسجيل الصادر في سنة ١٩٢٣ وقد عمل به ابتداء من أول يناير سنة ١٩٢٤ . وكان نظام الشهر قبل قانون التسجيل قائماً بموجب نصوص التقنين المدنى القديم . أما قبل هذا التقنين ، فلم يكن في مصر نظام للشهر .

فنستعرض إذن عهوداً أربعة : (١) العهد السابق على التقنين المدنى القديم (٢) نظام الشهر في التقنين المدنى القديم . (٣) نظام الشهر في قانون التسجيل الصادر في سنة ١٩٢٣ . (٤) نظام الشهر في قانون تنظيم الشهر العقارى الصادر في سنة ١٩٤٦ وهو النظام القائم في الوقت الحاضر .

المرحلة الأولى – العهد السابق على التقنين المدنى القديم

٢٥٢ – لم يوجد نظام للشهر في ذلك العهد : قبل صدور التقنين المدنى القديم – التقنين المدنى المختلط في سنة ١٨٧٥ والتقنين المدنى الوطنى في سنة ١٨٨٣ – لم يكن هنالك في مصر نظام معروف لشهر الحقوق العينية . وقد كانت الشريعة الإسلامية هى المعمول بها في ذلك العهد مع تشريعات خاصة أكثرها تجارية ، ولم يصدر أى تشريع يضع نظاماً للشهر[2] .

٢٥٣ – نظام المكلفات الإدارية : على أنه مما خفف من عيوب تنظيم شهر الحقوق العينية نظام إدارى وضع لجبى الضرائب العقارية عرف بنظام المكلفات . فقد كانت الأراضى في عهد محمد على تملكها الدولة ، ولم يكن للأفراد إلا حق الانتفاع بها انتفاعاً مؤقتاً في نظير جعل سنوى يقابل الضريبة العقارية . وكان حق الانتفاع هذا ينتهى حتما بالموت ، ولا يستطيع صاحبه أن ينزل عنه إلى آخر في حال حياته . ثم أبيح بعد ذلك للأفراد النزول عن حق الانتفاع ، وفي سنة ١٨٥٨ أصدر سعيد باشا لائحته المعروفة

(١) انظر في نقل ملكية العقار بالبيع في القانون المدنى السورى الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٨٨ وما بعدها. وفي القانون المدني السورى عقد البيع غير المسجل ينشئ التزاماً بنقل الملكية يجوز تنفيذه عيناً ولا يكتفى بالتعويض (الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٨٨ – فقرة ٨٩) .

(٢) وقد قضت المحاكم المختلطة بأن الشريعة الإسلامية هى التى تسرى على عقود البيع فيما بين الأهالى قبل صدور التقنينات الحديثة (استئناف مختلط ٢٤ مارس سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ٢١٦) ، وبأنه كان يكفى لانعقاد البيع توافق الإيجاب والقبول على المبيع والثمن (استئناف مختلط ٢٨ نوفمبر سنة ١٨٨٨م ١ ص ٣٤٠) .

وجعل للزراع الحق في التصرف في أراضيهم بالبيع والرهن وغير ذلك من التصرفات، كما جعل الأرض تنتقل بالميراث إلى ورثة صاحب الحق فيها . ويتم نقل الحقوق على الأرض في حال الحياة بحجة رسمية يحررها القاضي الشرعي ، بحضور شهود ، وبعد ترخيص من المديرية . وكان القاضي الشرعي قبل أن يحرر الحجة بنقل الحق يتحقق من صحة الحجج السابقة التي صدرت للبائع، ثم يحرر الحجة بعد ذلك في دفتر أعد لتقييد التصرفات . ثم يتلو بعد ذلك عملية تسجيل في سجل خاص بالمديرية ، والغرض من هذه العملية إثبات كل تغيير في شخص الملتزم بالضريبة العقارية في المكلفات . فكان هذا النظام ، الذي وضع في الأصل لتنظيم جبي الضريبة العقارية بواسطة المكلفات وإثبات الأشخاص المتعاقبين الذين يتلزمون بدفع هذه الضريبة، يستخدم في الوقت ذاته كطريق لشهر الحقوق العينية ، إذ كان السجل الخاص بكل مديرية علنياً يستطيع ذوو الشأن الاطلاع عليه لمعرفة الحقوق التي ترتبت على الأراضي .

ويخلص من ذلك أن التصرف كان شكلياً لابد من تحريره في حجة رسمية بواسطة القاضي الشرعي . بل يبدو أن الحق كان لا ينتقل إلى المتصرف إليه إلا بعد تسجيله في سجل المديرية ، فلو مات المتصرف له قبل هذا التسجيل لا ينتقل حقه إلى ورثته ، ما إذا تم التسجيل قبل وفاته فان الحق ينتقل إلى الورثة [(١)] .

المرحلة الثانية – نظام الشهر في التقنين المدني السابق

٢٥٤ – اقتباس نظام الشهر الفرنسي : وفي عهد الإصلاح القضائي ، عند صدور تقنينات المحاكم المختلطة والمحاكم الوطنية ، أدخل المشرع المصري نظاما لشهر الحقوق العينية اقتبسه من النظام الفرنسي الذي كان قد أدخل في فرنسا قبل ذلك بقانون ٢٣ مارس سنة ١٨٥٥ ، وهو نظام شهر شخصي فيه العيوب التي قدمناها .

ولا تزال نصوص هذا التقنين المدني السابق معمولا بها في حالة المحررات التي لها تاريخ ثابت قبل أول يناير سنة ١٩٢٤ – وهذا هو تاريخ العمل بقانون التسجيل الذي سيأتي الكلام فيه – فتسري عليها أحكام القوانين التي كانت سارية عليها ، وهي بالذات

(١) أنظر في هذا المعنى استئناف مختلط ٢٧ مارس سنة ١٨٨٩ م ١ ص ٨٥ – ٢٩ مايو سنة ١٨٨٩ م ١ ص ١٦٦ – ٢٠ نوفمبر سنة ١٨٨٩م ٢ ص ١٣ – ٢٦ ديسمبر سنة ١٨٨٩ م ٢ ص ٦٩ – ١٢ فبراير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٧٣ – ٩ نوفمبر سنة ١٨٩٢ م ٥ ص ٢ – ٢٣ يناير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٠١ – ٢٤ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٨١ – ومع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه كان يكفي توافق الإيجاب والقبول لانعقاد البيع وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية وأن حجة البيع ليست إلا للإثبات (استئناف مختلط ٢٨ نوفمبر سنة ١٨٨٨م ١ ص ٣٤٠ وقد سبقت الإشارة إليه – ١٨ يونيه سنة ١٨٩١م ٣ ص ٤٠٥ – ١٨ فبراير سنة ١٨٩٢م ٤ ص ١٤٩ – ٢٤ مارس سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ٢١٦ وقد سبقت الإشارة إليه) .

نصوص التقنين المدني السابق . وتنص المادة ٥٤ من قانون تنظيم الشهر العقاري المعمول به اليوم في هذا المعنى على أنه «لا يسري هذا القانون على المحررات التي ثبت تاريخها ثبوتاً رسميا قبل أول يناير سنة ١٩٢٤ ولا على الأحكام التي صدرت قبل هذا التاريخ ، بل تظل هذه المحررات والأحكام خاضعة من حيث الآثار التي تترتب عليها لأحكام القوانين التي كانت سارية عليها» [(١)] .

من أجل هذا يكون من المهم أن نورد أهم نصوص التقنين المدني السابق الخاصة بنظام شهر الحقوق العينية ، ثم نبين بعد ذلك ما شاب هذا النظام من العيوب .

٢٥٥ – نصوص التقنين المدني السابق الخاصة بنظام الشهر : النصوص الرئيسية التي تضع نظام الشهر العقاري في التقنين المدني السابق هي :

أولا – نص يقرر بصفة عامة أن الملكية والحقوق العينية تنتقل فيما بين المتعاقدين بالعقد دون حاجة إلى تسجيل . وهذا هو نص المادة ٧٣٢/٦٠٦، وتجرى على الوجه الآتي : «في جميع المواد تثبت الملكية أو الحقوق العينية في حق مالكها السابق بعقد انتقال الملكية أو الحق العيني أو بأي شئ يترتب عليه هذا الانتقال قانونا» .

ثانياً : نصوص أخرى كثيرة تقرر أن الملكية والحقوق العينية وبعض الحقوق الشخصية لا تنتقل بالنسبة إلى الغير إلا بتسجيل التصرفات القانونية التي هي مصدر لها ، دون الوقائع المادية كالميراث . فتنص لمادة ٧٣٥/٦٠٩ على ما يأتي : «وفي مواد العقار تثبت الحقوق العينية بالنسبة لغير المتعاقدين على حسب القواعد الآتية» . وهذه القواعد منصوص عليها في المواد ٧٣٦/٦١٠ – ٧٤٠/٦١٣ ، وتجرى هذه النصوص على الوجه الآتي : م ٦٣٧/٦١٠ – «ملكية العقار والحقوق المتفرعة عنها إذا كانت آيلة بالأرث تثبت في حق كل إنسان بثبوت الوراثة» – م ٧٣٧/٦١١ – «الحقوق بين الأحياء الآيلة من عقود انتقال الملكية أو الحقوق العينية القابلة للرهن أو من العقود المثبتة لحقوق الارتفاق والاستعمال والسكنى والرهن العقاري أو المشتملة على ترك هذه الحقوق تثبت في حق غير المتعاقدين ممن يدعى حقاً عينياً بتسجيل تلك العقود في قلم كتاب المحكمة التابع لها مركز العقار أو في المحكمة الشرعية»م ٧٣٨/٦١٢ – ٧٣٩ – «الأحكام المتضمنة لبيان الحقوق التي من هذا القبيل أو المؤسسة لها يلزم تسجيلها أيضاً ، وكذلك الأحكام الصادرة بالبيع الحاصل بالمزاد والعقود المشتملة على قسمة عين العقار» . م ٧٤٠/٦١٣ – «وكذلك يلزم تسجيل عقود الإيجار الذي تزيد مدته على تسع سنين وسندات الأجرة المعجلة الزائدة على ثلاث سنين لأجل أن تكون حجة على غير المتعاقدين» .

(١) وانظر أيضاً في هذا المعنى المادة ١٤ من قانون التسجيل الصادر في سنة ١٩٢٣ .

ثم تنص المادة ٧٤٢/٦١٥ – ٧٤٣/٦١٦ على الجزاء المترتب على عدم التسجيل ، وتجريان على الوجه الآتي : م ٧٤٢/٦١٥ – «في حالة عدم وجود التسجيل عند لزومه تكون الحقوق السالف ذكرها كأنها لم تكن بالنسبة للأشخاص الذين لهم حقوق عينية على العقار وحفظوها بموافقتهم للقانون» . م ٧٤٣/٦١٦ – «ومع ذلك فلهؤلاء الأشخاص الحق فقط في أن يتحصلوا على تنزيل مدة الإيجار إلى تسع سنين إذا كانت مدته زائدة عليها ، وفي ارجاع ما دفع مقدما زيادة عن أجر الثلاث سنين» .

وتتأيد النصوص المتقدمة الذكر بنصين آخرين ، أحدهما ورد في أسباب الملكية والحقوق العينية هو نص المادة ٦٩/٤٧ وتجرى على الوجه الآتي «أما الأموال الثابتة فالملكية والحقوق العينية فيها لا تثبت بالنسبة لغير المتعاقدين إلا إذا صار تسجيلها على الوجه المبين في القانون» . والنص الثاني ورد في نصوص البيع ، وهو نص المادة ٣٤١/٢٧٠ وتجرى على الوجه الآتي : «لا تنتقل ملكية العقار بالنسبة لغير المتعاقدين من ذوى الفائدة فيه إلا بتسجيل عقد البيع كما سيذكر بعد ، متى كانت حقوقهم مبنية على سبب صحيح محفوظة قانونا وكانوا لا يعلمون ما يضر بها» .

ثالثاً : نصوص ترد استثناء من القاعدة المتقدمة التي تقضي بأن الحقوق العينية لا تنتقل بالنسبة إلى الغير إلا بالتسجيل ، وهي المواد ٧٤٤/٦١٧ – ٧٤٦/٦١٩ ، وتجرى على الوجه الآتي :

م ٧٤٤/٦١٧ : «ويستثنى من الأصول السالف ذكرها الموهوب له والموصى له بشئ معين ، فإنهما لا يجوز لهما الاحتجاج بعدم التسجيل على من حاز بمقابل ملكية حق قابل للرهن أو حق انتفاع بالاستعمال أو السكنى بعقد ذى تاريخ صحيح سابق على تسجيلها» .

م ٧٤٥/٦١٨ : «وإنما يجوز هذا الاحتجاج لمن حاز الحق بمقابل من الموهوب له أو الموصى له إذا سجل عقده أو حقه بالأولوية» .

م ٧٤٦/٦١٩ : «في حالة تعدد عقود انتقال الملكية بين عدة ملاك متوالين يكتفى بتسجيل العقد الأخير منها» .

رابعاً – نصوص تقرر نظام القيد في الحقوق العينية التبعية الواقعة على عقار ليجوز الاحتجاج بها على الغير ، وذلك فيما عدا الرهن الحيازى العقارى فقد رأينا أنه كان خاضعاً لنظام التسجيل لا لنظام القيد ونكتفي بالإشارة إلى هذه النصوص المتفرقة ، فهي في الرهن الرسمي المواد ٦٨٩/٥٦٥ – ٦٩٠/٥٦٦ ، وفي حق الاختصاص المواد ٧٢٢/٥٩٦ – ٧٢٦/٦٠٠ ، وفي حقوق الامتياز العقارية المادة ٧٤١/٦١٤ . وكان يكتفى في حفظ حق امتياز بائع العقار بتسجيل عقد البيع ذاته دون حاجة لقيد الامتياز (م ٦٠١ سابعاً/٧٢٧ سادساً) .

خامساً : نصوص تنظيم عملية التسجيل ودفاتره ، ونكتفي بالإشارة إليها وهي المواد ٧٥٠/٦٢٢ – ٧٧٤/٦٤١ .

٢٥٦ – ما يستخلص من النصوص المتقدمة : ويستخلص من النصوص المتقدمة الذكر أن نظام الشهر في التقنين المدني السابق كان يخضع الحقوق العينية الأصلية لنظام التسجيل ، ويخضع الحقوق العينية التبعية لنظام القيد ، باستثناء الرهن الحيازى العقارى وحق امتياز بائع العقار ، فان الحق الأول كان يخضع لنظام التسجيل والحق الثاني كان يجوز حفظه بتسجيل عقد البيع . وغني عن البيان أن القيد في الحقوق العينية التبعية كان ضروريا لإمكان الاحتجاج بالحق على الغير . وفي التسجيل كان نظام الشهر يقرر تمييزاً جوهرياً: فالحقوق العينية الأصلية كانت تنتقل فيما بين المتعاقدين دون حاجة إلى التسجيل ، أما بالنسبة إلى الغير فكانت لا تنتقل إلا بالتسجيل .

٢٥٧ – عيوب نظام الشهر في التقنين المدني السابق : قدمنا أن عيوب نظام الشهر في التقنين المدني السابق هي عيوب نظام الشهر الشخصي من ناحية الترتيب ومن ناحية الحجية . ونزيد هنا ناحية ثالثة هي ناحية الحصر ، فليست كل التصرفات التي ينبغي شهرها واجبة الشهر في هذا النظام .

ونجمل الكلام في هذه العيوب فيما يأتي :

أولا : من ناحية الترتيب – تعدد جهات الشهر : الشهر في هذا النظام يتم وفقاً لأسماء الأشخاص ، ويزيد هذا العيب جسامة أن الشهر ليس مركزاً في جهة واحدة بل هو موزع على جهات ثلاث :

فأما أن الشهر يتم وفقاً لأسماء الأشخاص، فهذا هو المقوم الرئيسي لنظام الشهر الشخصي، وهو العيب البارز فيه. وقد قدمنا أن صاحب المصلحة لا يستطيع أن يعرف في هذا النظام كل ما وقع على عقار معين بالذات من تصرفات وهذا هو الذى يعنيه، بل إن ما يعرفه هو كل ما صدر من شخص معين من التصرفات وهذا قد يفي بحاجته وقد لا يفي[1] .

(١) وتزيد الصعوبة باختلاف أبجدية اللغة العربية عن أبجدية اللغة الأجنبية، وبتعدد اللغات الأجنبية التى تكتب بها الأسماء. فقد يبحث ذو المصلحة عن اسم ويحسبه مكتوبا بحسب التهجية الفرنسية فلا يجده، فيوقن أن الشخص الذى يحمل هذا الاسم لم تصدر منه تصرفات. والواقع ان هذا الشخص صدرت منه تصرفات لم تظهر بالبحث، لأن اسمه يكون مكتوباً بحسب التهجية الإيطالية وهذه تختلف عن التهجية الفرنسية . والأمثلة على ذلك كثيرة . وقد أورد الدكتور محمد شوقي في كتابه «الشهر العقارى علماً وعملاً» (ص ٥٢) مثلا فيما كتبه بصدد قانون التسجيل لسنة ١٩٢٣ ويصدق على ما قبله ، حيث يقول : «فثمة صعوبات ومساوئ كبيرة نشأت من اختلاف الأبجدية العربية عن أبجدية اللغات الأجنبية . بل إن هذه اللغات ذاتها تختلف من حيث نطق حروفها الهجائية بعضها عن البعض، كالحرف U الذى يلفظ بالإيطالية OU. فإذا فرضنا أن طالبا تقدم للبحث عن تصرفات باسم مراد Mourad أو جندى Guindi، وأن الكاتب المكلف وهو إيطالى مثلا كتب الكلمة من العربية للإيطالية Murad, Ghindi ، فالشهادة التى تعطى على أساس ذلك البحث لن تكون عن الاسم الصحيح ، وبالتالى قد تكون سلبية، فى حين أنها لو عملت عن الأسم الصحيح لكانت إيجابية» .

وأما أن الشهر ليس مركزاً فى جهة واحدة، فذلك راجع إلى النظام القضائى الذى كان قائماً فى ذلك العهد. فقد كانت جهات الشهر فى ذلك الوقت ثلاثة: المحاكم المختلطة والمحاكم الشرعية والمحاكم الوطنية. وكان الشهر يصح قانوناً فى أية جهة من هذه الجهات الثلاث، ولكن لا يكون نافذاً فى حق الأجانب إلا إذا تم فى المحاكم المختلطة [1]. ولذلك كان الشهر أكثر ما يتم فى قلم الكتاب هذه المحاكم، إذ يكون نافذاً فى حق المصريين والأجانب جميعاً. ولكن بقيت المحاكم الشرعية جهة الشهر الطبيعية فى التصرفات غير المعروفة فى المحاكم المختلطة وهى الوقف. واستمرت أقلام الكتاب بالمحاكم الوطنية تقيد حقوق الاختصاص من تلقاء نفسها إذ القانون يوجب ذلك، وكذلك أحكام الشفعة ونزع الملكية فكان ذو المصلحة إذا احتاط لأمره يبحث فى كل من المحاكم المختلطة والمحاكم الشرعية والمحاكم الوطنية، ليستوثق من أنه استقصى جميع ما شهر من التصرفات التى تعنيه.

ثانياً : من ناحية الحجية : ولم يكن لنظام الشهر فى التقنين المدنى السابق حجية كاملة كالحجية التى تقترن بنظام الشهر العينى أو السجل العقارى . فان الشهر بموجب نظام التقنين السابق ليس إلا تسجيل التصرف أو قيده كما هو على علاته وبجميع ما ينطوى عليه من عيوب . فاذا كان التصرف صحيحاً قبل الشهر ظل صحيحاً بعده ، وإذا كان باطلا أو قابلا للإبطال أو مشوباً بأى عيب آخر ظل بعد الشهر مشوباً بهذا العيب . فالشهر لا يصحح عقداً باطلا ولا يبطل عقداً صحيحاً ، كما قدمنا . فاذا صدر بيع مثلا من غير مالك ، وسجل عقد البيع ، ظل هذا البيع بعد التسجيل كما كان قبل التسجيل عقداً قابلا للإبطال، وهو على كل حال لا ينقل الملكية إلى المشترى ولو بعد أن يسجل . أما فى نظام الشهر العينى فان هذا البيع متى سجل ينقل الملكية إلى المشترى بحكم التسجيل ذاته لا بحكم البيع، ويأخذ المالك الحقيقى الذى سلب ملكه على هذا الوجه تعويضاً عما أصابه من الضرر من خزانة الجهة القائمة على الشهر .

وزاد من جسامة هذا العيب أن المحررات التى كانت تقدم للشهر كانت تقبل كما هى، دون فحص أو تحر للاستيثاق من صحتها. وكان الناس يلجأون فى تحرير تصرفاتهم إلى

(1) استئناف مختلط ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ٧٢ — وانظر فى تبادل الاحاطة بالتصرفات بين الجهات الثلاث الدكتور محمد شوقى «الشهر العقارى علماً وعملاً» ص ١٠ وص ١٧ — وتقضى المادة ٣٧٢ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة فى سنة ١٩١٠ بتكليف هذه المحاكم بأن توافى المحاكم المختلطة بملخصات العقود الناقلة للملكية ، وذلك بواسطة المحاكم الشرعية المكلفة بهذه المهمة. وهذا الاجراء هو فى الواقع نتيجة لإلغاء وظيفة الموظف المختلط الذى كان ينتدب بأقلام المحاكم الشرعية. وتقضى المادة ٣٧٣ من اللائحة ذاتها بتكليف المكاتب المختلطة بدورها بأن توافى المحاكم الشرعية بملخصات مماثلة عن كل ما تتسلمه من المحررات المشار إليها لكى تسجل لديها فى سجلات خاصة معدة لذلك .

الكتابة العرفية لتجنب نفقات التوثيق ، وكثيراً ما كانت تأتى هذه التصرفات غير محكمة التحرير ، سواء فى تعيين شخصية المتعاقدين أو فى وصف العقار وتحديده . بل إنه لم يكن هناك ضمان ان التوقيع على هذه المحررات ليس مزوراً ، إذ لم يكن يطلب التصديق على إمضاء المتعاقدين ، فكثر من أجل ذلك شهر التصرفات المزورة .

ثالثاً : من ناحية الحصر : ولم تكن كل التصرفات التى ينبغى شهرها واجبة الشهر طبقاً لنظام التقنين المدنى السابق ، فلم يحصر هذا النظام التصرفات حصراً دقيقاً حتى يشملها جميعاً . وقد شاع القصور فى شهر التصرفات ، ويرجع ذلك إلى أسباب أربعة :

١ — لم يكن التسجيل ضرورياً لنقل الحقوق العينية فيما بين المتعاقدين ، بل كان العقد وحده كافياً لذلك ، وهذا مبدأ جوهرى من مبادئ نظام الشهر فى التقنين المدنى السابق أخذه عن نظام الشهر الفرنسى كما قدمنا . وترتب على ذلك من الناحية العملية أن كثيراً من المتعاملين كانوا لا يلجأون إلى شهر تصرفاتهم ، ويقنعون بأن الحق قد انتقل إليهم بموجب التصرف غير المسجل فيما بينهم وبين المتعاملين معهم . وهذا الاطمئنان الذى لا مبرر له كانت العادة تثبته ، وتشجع عليه الرغبة فى تجنب إجراءات الشهر ونفقاته . فكان من ذلك أن يبقى التصرف دون أن يتناوله الشهر ، فلا يكون حجة على الغير ، وكثيراً ما كان يلجأ المتصرف الأول إلى التصرف مرة أخرى فى العقار غشا منه . فكان كثير من المتعاملين يضارون أبلغ الضرر من جراء ذلك ، كما كان كثير من التصرفات الواجبة الشهر لا تشهر فعلا مما زعزع أسس نظام الشهر ذاتها .

٢ — وبفرض أن التسجيل تناول كل التصرفات الواجب شهرها، فان القانون نفسه كان يخرج بعض الوقائع الهامة من منطقة الشهر . فهو لا يدخل فى هذه المنطقة إلا التصرفات فيما بين الأحياء . ويترتب على ذلك أنه لم يكن خاضعاً للشهر سبب هام من أسباب نقل الملكية ، وهو الميراث ، لأنه ينقل الملكية بالموت ، بل إنه ليس بتصرف قانونى . وقد نصت المادة ٧٣٦/٦١٠ من التقنين المدنى السابق على هذا الحكم صراحة كما رأينا ، إذ تقول : «ملكية العقار والحقوق المتفرعة عنها إذا كانت آيلة بالأرث تثبت فى حق كل إنسان بثبوت الوراثة» . فلا يخضع الميراث لنظام الشهر ، مع أنه سبب من أكثر الأسباب شيوعاً فى نقل الحقوق . وكذلك الوصية لم تكن تخضع لنظام الشهر ، لأنها لا تدخل فى نطاق التصرفات فيما بين الأحياء إذ هى تصرف لما بعد الموت . وقد نجم عن ذلك أن ثغرة واسعة قد انفرجت فى بناء الشهر ، وأصبح من الصعب متابعة تسلسل انتقال الملكية فى العقار ، وقامت مشاكل معقدة من جراء ذلك .

٣ — وفوق ذلك قد ترك نظام الشهر ثغرة أخرى فى التصرفات ما بين الأحياء ذاتها. فالمشروع قد ذكر فى المادة ٧٣٧/٦١١ الحقوق الخاضعة لنظام الشهر وهى «الحقوق بين الأحياء الآيلة من عقود انتقال الملكية أو الحقوق العينية القابلة للرهن أو من العقود المثبتة لحقوق الارتفاق والاستعمال والسكنى والرهن العقارى أو المشتملة على ترك هذه الحقوق» .

فلم يذكر التصرفات الكاشفة عن الحقوق العينية ، فهذه تصرفات هامة لم تكن خاضعة لنظام الشهر كما وضعه التقنين المدنى السابق [1].

٤ – وأخيراً لم يكن نظام الشهر فى التقنين المدنى السابق دقيقاً فى فصل الحقوق العينية الأصلية التى تخضع لنظام التسجيل والحقوق العينية التبعية التى تخضع لنظام القيد. فقد أدخل بعض حالات الحقوق العينية التبعية فى نظام التسجيل مع أن نظام القيد هو النظام الصالح لها [2].

فعل ذلك فى حالتين : (الحالة الأولى) هى الرهن الحيازى العقارى، فقد أخضعه كما رأينا لنظام التسجيل دون نظام القيد فى غير مبرر [3] . (والحالة الثانية) هى حالة امتياز بائع العقار ، فقد جاء فى المادة (٦٠١ سابعاً/٧٢٧ سادساً كما رأينا ما يأتى : «فاذا كان المبيع عقاراً ، كان ثمنه ممتازاً أيضاً إذا كان تسجيل البيع حصل على الوجه الصحيح». وهذا النص يحفظ حق امتياز البائع على العقار ، حتى لو اكتفى البائع بتسجيل البيع وذكر فيه أن الثمن أو جزءاً منه لا يزال مستحقاً فى ذمة المشترى ، دون حاجة إلى قيد حق الامتياز ذاته. وكان المتعاملون فيه يكتفون فعلا بذلك ، إذ كانت عقود البيع تسجل ، وفى تسجيلها شهر للعقد ذاته وفى الوقت نفسه حفظ لحق الامتياز .

المرحلة الثالثة – نظام الشهر فى قانون التسجيل الصادر فى سنة ١٩٢٣

٢٥٨ – محاولات الاصلاح السابقة على صدور قانون التسجيل : هذه العيوب التى بسطناها فيما تقدم جعلت نظام الشهر كما كان قائماً فى التقنين المدنى السابق نظاماً غير صالح ، واجتمعت الكلمة على ضرورة إدخال نظام الشهر العينى أو السجل العقارى فى

---

(١) وأغفل التقنين المدنى السابق أيضاً النص على تسجيل الوقف . وقد ذهبت أحكام كثيرة (استئناف وطنى ١٥ أبريل سنة ٩١٦ المحاماة ١ رقم ١ ص ٩ – استئناف مختلط ٢٨ ديسمبر ، سنة ١٩٠٥ م ١٨ ص ٦٠ – ١٠ نوفمبر سنة ١٩١٠ م ٢٣ ص ٧ – ١٨ يناير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٠٨) إلى أن القانون لا يستلزم تسجيل إشهاد الوقف ليكون حجة على الغير . ولم تعدل المحاكم عن قضائها هذا إلا بعد صدور القانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٢٠ ، الذى أوجب تسجيل إشهاد الوقف فى سجلات المحاكم الشرعية . وقد عدل هذا القانون بالمرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ الصادر بترتيب لائحة المحاكم الشرعية.

(٢) فالقيد يجب تجديده كل عشر سنوات ، فيغنى التجديد ذا المصلحة عن البحث لمدة أكثر من عشر سنوات.

(٣) وإذا كان الرهن الرسمى وهو يخضع لنظام القيد يجب أن يكتب فى ورقة رسمية ، فليس ذلك مبرراً لأن يكون الرهن الحيازى وهو يكتب فى ورقة عرفية خاضعاً لنظام التسجيل ، إذ من السهل الحصول على البيانات اللازمة للقيد حتى من الأوراق العرفية .

مصر، سدا لهذه الثغرات وتلافياً لهذه العيوب .

وقد بدأت حركة الاصلاح هذه بمشروعين قدمتهما الحكومة فى سنة ١٩٠٢ إلى اللجنة التشريعية الدولية . وأول هذين المشروعين كان الغرض منه توحيد جهات الشهر وتركيزها جميعاً فى جهة واحدة . وكان الغرض من المشروع الثانى إدخال نظام السجل العقارى فى مصر . وقد فرغت اللجنة التشريعية الدولية من دراسة المشروعين ، وأقرتهما معاً فى سنة ١٩٠٤ . ولكن هذه المحاولة لم يعقبها تنفيذ ، بل بقيت الأمور كما كانت من قبل، وبقى المشروعان اللذان أقرتهما اللجنة التشريعية الدولية على حالتيهما إلى سنة ١٩٢٠ ، إذ شكلت لجنة لبحث موضوع أدخال السجل العقارى فى مصر ، فأعادت هذه اللجنة بحث المشروعين السالفى الذكر وانتهت إلى إقرارهما مرة أخرى . وقد وافق مجلس الوزراء فى ٢٥ أبريل سنة ١٩٢٢ على تقرير هذه اللجنة الذى يقر المشروعين السابقين ، وشكل لجنة جديدة مهمتها دراسة الوسائل العملية وتعيين الطرق المناسبة للوصول إلى تحقيق الإصلاح المرجو. وقد رأت هذه اللجنة ، بعد دراسة عملية ، إرجاء إدخال نظام السجل العقارى حتى يتم التمهيد له باصلاحات ضرورية تجعل تنفيذه أمراً ميسوراً ، واقترحت تحقيقاً لهذا الغرض مشروع قانون يدخل إصلاحات جوهرية فى نظام الشهر ، تمهيداً لإدخال نظام السجل العقارى . وعرض مشروع القانون على الجمعية التشريعية المختلطة ليكون نافذاً على الأجانب، فوافقت عليه فى ٣٠ مارس سنة ١٩٢٣ [1] .

فصدر بناء على كل ذلك قانون التسجيل فى ٢٣ يونيه سنة ١٩٢٣ ، وهو قانونان يشتملان على نصوص واحدة ، أحدهما قانون رقم ١٨ لسنة ١٩٢٣ ويسرى على المحاكم الوطنية ، والآخر قانون رقم ١٩ لسنة ١٩٢٩ ويسرى على المحاكم المختلطة . وقد جعل

---

(١) نصح المستشار القضائى منذ سنة ١٨٩٠ بإصلاح نظام الشهر ، فتم فى سنة ١٩٠٢ إعداد مشروعين، يرمى أولهما إلى توحيد أقلام التسجيل ، ويهدف ثانيهما إلى إحلال نظام السجل العقارى محل نظام الشهر الشخصى وهما المشروعان المشار إليهما فى المتن . وقد عرض هذان المشروعان فى سنة ١٩٠٤ على لجنة دولية فنية لبحثهما ، فأقرتهما فى سنة ١٩٠٨ ، ولكن الدول صاحبات الامتياز لم توافق عليهما. وفى سنة ١٩١٧ عهدت لجنة الامتياز إلى لجنة فرعية ، عرفت باسم لجنة دوسن نسبة إلى رئيسها مستر دوسن الذى كان مديراً لمصلحة المساحة ، ببحث موضوع إدخال نظام السجل العقارى فى مصر . وقد استمرت اللجنة الفرعية فى عملها بعد انقطاع لجنة الامتيازات ، وقد أعاد مجلس الوزراء فى أول مايو سنة ١٩٢٠ تشكيلها كلجنة مستقلة ، وانتهت اللجنة من عملها فى أواخر تلك السنة. وألف مجلس الوزراء فى ٢٥ أبريل سنة ١٩٢٣ لجنة خاصة للبحث عن أفضل الطرق لتنفيذ اقتراحات لجن دوسن على المصريين والأجانب جميعاً ، ولوضع مشروع قانون يتضمن اقتراحات اللجنتين معاً، وهى اللجنة المشار إليها فى المتن ، فوضعت المشروع الذى صدر به قانون التسجيل سنة ١٩٢٣ (أنظر الأستاذ محمد كامل مرسى فى شهر التصرفات العقارية فقرة ٣٧ وما بعدها – الأستاذ أنور سلطان ص ١٨٨ هامش رقم ١ – مقالا للأستاذ محمد على عرفة فى مجلة القانون والاقتصاد ١٨ العدد الثالث) .

مبدأ سريان قانون التسجيل أول يناير سنة ١٩٢٤ ، أما المحررات الثابتة التاريخ قبل أول يناير سنة ١٩٢٤ فتخضع في شهرها لنصوص التقنين المدني السابق كما قدمنا .

ولا تزال نصوص قانون التسجيل معمولا بها في شأن جميع المحررات التي تم شهرها قبل أول يناير سنة ١٩٤٧ ، وهو تاريخ نفاذ قانون تنظيم الشهر العقاري الذي تلى قانون التسجيل ، فان المادة ٥٦ من القانون الأخير تنص على أن «جميع المحررات التي تم شهرها في جهة من الجهات المختصة وفقاً للقواعد السارية قبل العمل بأحكام هذا القانون تكون حجة على الكافة من وقت العمل بهذه الأحكام» . من أجل ذلك يكون متعيناً هنا أيضاً أن نورد أهم النصوص التي اشتمل عليها قانون التسجيل ، ونبين بعد ذلك ما عالجه هذا القانون من عيوب في نظام التقنين المدني السابق وما بقى قائماً من هذه العيوب .

٢٥٩ - أهم نصوص قانون التسجيل : يتناول قانون التسجيل المحررات التي يجب شهرها، ثم ينص على ما يجب القيام به لتحرى الدقة في هذه المحررات .

أولاً : المحررات التي يجب شهرها : أما المحررات التي يجب شهرها فبعضها يخضع لنظام القيد، وهي المحررات المتعلقة بالرهن الرسمي وحق الاختصاص وحقوق الامتياز، وهذه تركها لنصوص التقنين المدني السابق وقد تقدم ذكرها . أما ما يخضع منها لنظام التسجيل فقد تناولها على الوجه الآتي :

١ - تناولت المادتان الأولى والثانية العقود المنشئة للحقوق العينية العقارية أو الناقلة أو المغيرة أو المزيلة لها والأحكام المثبتة لهذه العقود ، وكذلك العقود والأحكام الكاشفة عن الحقوق العينية العقارية وعقود الإيجار والمخالصات بالأجرة . ورتبت على عدم التسجيل في الطائفة الأولى عدم إنتاج الأثر بالنسبة إلى الغير وفيما بين المتعاقدين ، وفي الطائفة الأخرى عدم أنتاج الأثر بالنسبة إلى الغير فقط .

فنصت المادة الأولى على أن «جميع العقود الصادرة بين الأحياء بعوض أو بغير عوض، والتي من شأنها إنشاء حق ملكية أو حق عيني عقارى آخر أو نقله أو تغييره أو زواله، وكذلك الأحكام النهائية التي يترتب عليها شئ من ذلك، يجب إشهارها بواسطة تسجيلها في قلم كتاب المحكمة الابتدائية الكائن في دائرتها العقار أو في المحكمة الشرعية، وذلك مع مراعاة النصوص المعمول بها الآن في مواد الامتياز والرهن العقارى والاختصاصات العقارية. ويترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنقل ولا تعتبر ولا تزول ، لا بين المتعاقدين ولا بالنسبة لغيرهم. ولا يكون للعقود غير المسجلة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين المتعاقدين. وتعتبر أحكام هذه المادة مقيدة للنصوص الخاصة بانتقال الملكية والحقوق العينية العقارية الأخرى بمجرد الإيجاب والقبول بين المتعاقدين» .

ونصت المادة الثانية على أنه «يجب أيضاً تسجيل ما يأتي : أولا - العقود والأحكام النهائية المقررة لحقوق الملكية أو الحقوق العينية العقارية الأخرى المشار إليها في المادة السابقة بما فيها القسمة العقارية . ثانياً - الإجارات التي تزيد مدتها عن تسع سنوات

والمخالصات بأكثر من أجرة ثلاث سنوات مقدماً [١] . فإذا لم تسجل هذه الأحكام والسندات فلا تكون حجة على الغير [٢] ، كما أنها لا تكون حجة كذلك ولو كانت مسجلة إذا داخلها التدليس. غير أنه فيما يتعلق بالعقود المشار إليها في الفقرة الثانية من هذه المادة ، لا يكون للغير سوى حق تخفيض الإجارة إلى تسع سنوات إذا زادت مدتها عن ذلك ، وعدا عدم اعتماد ما دفع مقدماً زائداً عن أجرة ثلاث سنين» .

٢ - وتناولت المواد ٧ و١٠ و١٢ دعاوى البطلان والفسخ والإلغاء والرجوع المقدمة ضد العقود واجبة التسجيل، وهي العقود التي تقدم ذكرها في المادتين الأولى والثانية، لأنها دعاوى من شأنها أن تزيل أثر هذه العقود، فوجب شهرها إما بالتأشير على هامش تسجيل العقد إذا كان العقد قد سجل، وإما بتسجيل صحيفة الدعوى إذا كان العقد لم يسجل. وكذلك تناولت هذه المواد دعوى استحقاق أي حق من الحقوق العينية، لأنها دعوى قد تكون نتيجتها الكشف عن أن صاحب الحق العيني هو غير الشخص المعروف للناس فوجب شهرها هي أيضاً إما بالتأشير على هامش تسجيل المحرر الذي يثبت الحق للمدعى عليه إذا كان هذا المحرر موجوداً وسبق تسجيله، وإما بتسجيل صحيفة دعوى الاستحقاق إذا كان المحرر غير موجود كما في الحيازة أو كان موجوداً ولم يسبق تسجيله [٣] . ونصت

(١) وأغفل النص الحوالة بالأجرة مقدماً كما أغفلها التقنين المدني السابق (م ٦١٣/٧٤٠) وتدارك الأمر قانون تنظيم الشهر العقارى، فذكرها في المادة ١١ منه .

(٢) وقد بينت المذكرة الإيضاحية لقانون التسجيل علة التفرقة بقولها : «هناك عقود وأحكام لا يمكن اعتبارها كأن لم تكن لمجرد عدم تسجيلها، فالأحكام المقررة لحقوق الطرفين والعقود التي من هذا القبيل يجوز اشتراطها تسجيلها حتى يعلم بها الغير مع النص على أنها لا تكون حجة على الغير إذا لم تسجل. إلا أنه لا يمكن. تجريد هذه الأحكام وهذه العقود من قيمتها الجوهرية وهي الإقرار بحق سابق الوجود، وهذا الاختلاف في النوع الذي ينجم عنه الاختلاف في الأثر المترتب على تسجيل هذا أو ذاك النوع من العقود والأحكام يبرر وضع مادتين مختلفتين» .

(٣) وقد أدخلت محكمة النقض دعوى صحة التعاقد ضمن دعاوى الاستحقاق ، باعتبارها دعوى استحقاق بحسب المآل ، وقالت في أسبابها حكمها : «بما أن المادة السابعة من قانون التسجيل نصت على أنه يجب التأشير على هامش سجل المحررات واجبة التسجيل بما يقدم ضدها من دعاوى البطلان أو الفسخ أو الإلغاء أو الرجوع فيها ، فإذا كان المحرر الأصلي لم يسجل فتسجل تلك الدعاوى، وكذلك دعاوى استحقاق أي حق من الحقوق العينية العقارية يجب تسجيلها أو التأشير بها كما ذكر . ويستفاد من الشطر الأخير للمادة أن دعوى الاستحقاق قد تكون مبنية على عقد مسجل، وقد تكون مبنية على وضع يد أو ميراث أو عقد غير مسجل أو عقد شفوى ، إذ عموم النص يسع ذلك . لهذا يجب لجعل عموم النص مفيداً أن تفسر دعاوى الاستحقاق الواردة في المادة السابعة بالدعاوى التي يكون غرض رافعها منها الوصول إلى الاستحقاق حالا أو مآلا، كدعاوى صحة التعاقد العرفي ودعاوى إثبات البيع الشفوى، لأنها تؤول بعد تسجيل الأحكام الصادرة فيها إلى استحقاق رافعها لملكية العقار موضوع الدعوى. ولا غرابة أن يكون المشرع وضع عبارة دعاوى الاستحقاق وقصد منها دعاوى الاستحقاق ولو مآلا ، فقد جرى على ذلك المادة الأولى من قانون التسجيل إذ عبر عن العقود الواجب تسجيلها بأنها من شأنها إنشاء حق ملكية العقار أو حق عيني مع أنها لا تنشئ ذلك الحق إلا بعد =

هذه المواد أيضاً على وجوب التأشير بمنطوق الحكم الذى يصدر فى دعاوى البطلان والفسخ والإلغاء والرجوع والاستحقاق ، إما فى ذيل التأشير بالدعوى إذا كانت صحيفة الدعوى قد أشر بها على هامش تسجيل المحرر ، وإما فى هامش تسجيلها إذا كانت صحيفة الدعوى قد سجلت على النحو الذى قدمناه . ونصت أخيراً على أثر تسجيل صحيفة الدعوى أو التأشير بها فى الدعاوى المتقدمة الذكر والتأشير بالحكم الصادر فى هذه الدعاوى ، فجعلت الحق العينى حجة على الغير من تاريخ تسجيل الدعوى أو التأشير بها لا من تاريخ التأشير بالحكم فحسب.

ونورد هذه النصوص : نصت المادة ٧ من قانون التسجيل على أنه «يجب التأشير على هامش سجل المحررات واجبة التسجيل بما يقدم ضدها من دعاوى البطلان أو الفسخ أو الإلغاء أو الرجوع فيها ، فاذا كان المحرر الأصلى لم يسجل فتسجل تلك الدعاوى . وكذلك دعاوى استحقاق أى حق من الحقوق العينية العقارية يجب تسجيلها أو التأشير بها كما ذكر». ونصت المادة ١٠ من قانون التسجيل على أن «يؤشر بمنطوق الحكم الصادر فى الدعاوى المبنية بالمادة السابعة فى ذيل التأشير بالدعوى أو فى هامش تسجيلها». ونصت المادة ١٢ على أنه «يترتب على تسجيل الدعاوى المذكورة بالمادة السابعة أو التأشير بها أن حق المدعى ، إذ تقرر بحكم مؤشر به طبق القانون ، يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق وأصحاب الديون العقارية ابتداء من تاريخ تسجيل الدعوى أو التأشير بها. وتبقى حقوق الغير المكتسبة قبل التسجيل أو التأشير المشار إليهما خاضعة للنصوص والمبادئ السارية وقت اكتسابها»(١) .

=تسجيلها ، فعبارة «من شأنها إنشاء حق الملكية ، وضعت للمنشئة مآلا» (نقض مدنى ٥ يناير سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ٩١ ص ١٦٣). وانظر أيضا نقض مدنى ٢٣ فبراير سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٦٧ ص ٥١٢ – ٢٣ فبراير سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٦٨ ص ٥٢٢ – ٢٣ فبراير سنة ١٩٥٠ المحاماة ٣١ رقم ٤٩ ص ٩٢ – ٢٩ يناير سنة ١٩٥٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٥٨ ص ٤٠٤ ، وسنعود إلى هذه المسألة : أنظر ما يلى فقرة ٢٧٣ .

(١) وبالرجوع إلى النصوص والمبادئ السارية وقت اكتساب هذه الحقوق ، وهي مبادئ التقنين المدنى السابق، يتبين أن القاعدة هو أن البطلان والفسخ والإلغاء والرجوع لها عادة أثر رجعى ، فتزول حقوق الغير بحكم هذا الأثر ، وذلك إلا فى حالات استثنائية إذا كان الغير دائناً مرتهناً رهناً رسمياً وكان حسن النية فإن حقه لا يتأثر بما يصيب ملكية الراهن من زوال بسبب البطلان أو الفسخ أو الإلغاء أو الرجوع. وسنرى أن المادة ١٧ من قانون تنظيم الشهر العقارى وسعت هذه الحماية للغير حسن النية، فلم تقصرها على الدائن المرتهن حسن النية ، بل شملت كل من تلقى حقا عينياً على العقار بحسن نية وقام بشهرة قبل تسجيل دعوى البطلان أو الفسخ أو الإلغاء أو الرجوع أو التأشير بها (أنظر الأستاذ عبدالمنعم البدراوى ص ٣٠٣ ص ٣٠٤) .

وقد وسعت محكمة الاستئناف المختلطة فى أحد أحكامها هذه الحماية قبل العمل بقانون تنظيم الشهر العقارى، فقضت بأن دعوى الفسخ التى سجلت صحيفتها بعد تسجيل عقد بيع صادر من المشترى إلى مشتر ثان لا يسرى حكم الفسخ الصادر فيها فى حق المشترى الثانى (استئناف مختلط ٢٥ يناير سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٤٨) .

٣ – ولم يقتصر قانون التسجيل على تنظيم شهر الحقوق العينية ومعها عقود الإيجار والمخالصات ، بل نظم أيضاً شهر الحقوق الشخصية إذا كانت مضمونة بتأمينات عينية عقارية كرهن أو امتياز ، لأن انتقال الحق الشخصى فى هذه الحالة من دائن إلى دائن يقتضى انتقال التأمين العينى معه ، فيجب شهر انتقال التأمين العينى حتى يمكن الاحتجاج به على الغير . ويتم الشهر عن طريق التأشير بهامش القيد الأصلى للتأمين .

وهذا ما تكفلت به المادة ١٣ من قانون التسجيل ، فنصت على أنه «لا يصح التمسك فى وجه الغير بتحويل دين مضمون برهن عقارى أو بامتياز عقارى، ولا التمسك بالحق الناشئ من حلول شخص محل الدائن فى هذه الحقوق بحكم القانون أو بالاتفاق ، ولا التمسك كذلك بالتنازل عن ترتيب الرهن العقارى، إلا إذا حصل التأشير بذلك بهامش التسجيل الأصلى . ويتم التأشير بناء على طلب المحول إليه أو الدائن المرتهن أو الذى حل محل الدائن السابق ، ويشتمل التأشير : أولا – على تاريخ السند وصفته . ثانياً – على أسماء الطرفين وألقابهم وصناعتهم ومحل إقامتهم . ثالثاً – على بيان التسجيل الأصلى مع نمرته المسلسلة وتاريخه ورقم صفحة السجل» .

ثانياً : ما يجب القيام به لتحرى الدقة فى المحررات واجبة الشهر : وقد توخى قانون التسجيل تحرى الدقة فى المحررات واجبة الشهر ، حتى تكون خالية من العيوب بقدر الإمكان قبل تسجيلها.

فنصت المادة ٣ من قانون التسجيل على أنه «يجب أن تشتمل المحررات المقدمة للتسجيل خلاف البيانات الخاصة بموضوعها جميع البيانات اللازمة أو المفيدة فى الدلالة على شخصية الطرفين وتعيين العقار بالذات ، وعلى الأخص : (أ) أسماء الطرفين وأسماء آبائهم وأجدادهم لآبائهم وكذلك محل إقامة الطرفين . (ب) بيان الناحية واسم ونمرة الحوض ونمر القطع إذا كانت واردة فى قوائم فك الزمام ، وكذلك حدود ومساحة القطع بأدق بيان مستطاع. ويجب فى عقود البيع والبدل ذكر أصل الملكية واسم المالك السابق وكذلك تاريخ ونمرة تسجيل عقده إذا كان مسجلا» .

ونصت المادة ٤ من قانون التسجيل على أن «المحررات العرفية التى لا تشتمل على البيانات الموضحة بالمادة السابقة لا يمكن تسجيلها إلا بعد الحصول على ترخيص بذلك من قاضى الأمور الوقتية . وعلى كل حال تأخذ هذه المحررات فى دفتر العرائض نمراً مسلسلة تحفظ لها دورها حتى يصدر أمر القاضى ، ويجب تقديم الطلب إليه فى مدة لا تتجاوز ثلاثين يوماً»(١) .

ونصت المادة ٥ من قانون التسجيل على أنه «تسهيلا لمراعاة ما ورد فى المادة الثالثة تقدم الحكومة لأرباب الشأن نماذج مطبوعة لأهم العقود التى يقضى القانون بتسجيلها» .

---

(١) أى من تاريخ أخذ المحرر النمرة المسلسلة .

ونصت المادة ٦ من قانون التسجيل على أنه «يجب التصديق على إمضاءات وأختام الطرفين الموقع بها على المحررات العرفية المقدمة للتسجيل . ويكون التصديق بمعرفة أحد الموظفين أو المأمورين العموميين الذين يعينون بالقرارات المنصوص عنها فى المادة السابعة عشرة» .

فيتلخص إذن ما يجب القيام به لتحرى الدقة فى المحرات واجبة المشهر فى الأمور الآتية: (١) الدقة والتعريف بشخصية المتعاقدين . (٢) الدقة فى تحديد ذاتية العقار وأصل ملكية البائع له . (٣) التصديق على امضاءات وأختام المتعاقدين .

٢٦٠ – ما عالجة قانون التسجيل من وجوه النقص فى نظام الشهر السابق عليه :
ونرى مما تقدم أن قانون التسجيل عالج بعض وجوه النقص التى كانت بارزة فى نظام الشهر الذى وضعه التقنين السابق . وأهم وجوه النقص التى عالجها هى :

أولا – جعل التسجيل لازماً فى نقل الحقوق العينية ، لا بالنسبة إلى الغير فحسب، بل أيضاً فيما بين المتعاقدين . فدفع الناس بذلك إلى أن يحرصوا على تسجيل العقود أكثر مما كانوا يفعلون فى عهد التقنين المدنى السابق ، حيث كان الحق العينى ينتقل دون تسجيل فيما بين المتعاقدين مما كان يغرى بالاكتفاء بهذا الأثر . على أن ظاهرة الإهمال فى تسجيل العقود لم تختف بالرغم من ذلك فى عهد قانون التسجيل . وقد جعل هذا القانون تسجيل العقد بعوض ضرورياً حتى فى مواجهة الموهوب له الذى سجل عقده قبل تسجيل المعاوضة، وقد رأينا أن التقنين المدنى السابق يقدم المشترى الذى لم يسجل عقده على الموهوب له الذى سجل الهبة .

ثانياً – تناول قانون التسجيل فى وضوح العقود والأحكام الكاشفة عن الحقوق العينية، كالقسمة والصلح ، فأوجب تسجيلها ليجوز الاحتجاج بها على الغير .

ثالثاً – تناول قانون التسجيل دعاوى البطلان والفسخ والإلغاء والرجوع فى العقد ودعوى الاستحقاق ، فأوجب شهرها ، وجعل الاحتجاج على الغير بالأحكام التى تصدر فى هذه الدعاوى من تاريخ شهر صحيفة الدعوى لا من تاريخ شهر الحكم فحسب .

رابعاً – تناول قانون التسجيل الحقوق الشخصية المضمونة بتأمين عينى عقارى، فأوجب شهر حوالتها أو رهنا أو حلول دائن جديد فيها محل الدائن الأصلى فى الحق أو فى المرتبة ، ليجوز الاحتجاج بذلك كله على الغير .

خامساً – اتخذ قانون التسجيل إجراءات حاسمة أوجب القيام بها لتحرى الدقة فى تحرير العقود واجبة الشهر ، فخطا بذلك خطوة جدية نحو إدخال نظام السجل العقارى وما يتطلبه هذا النظام من الدقة التامة فى ذلك . ففرض كما رأينا تحديد شخصية المتعاقدين وذاتية العقار وأصل ملكية البائع له ، وأوجب التصديق على الإمضاءات والأختام توقياً للتزوير.

٢٦١ – ما تركه قانون التسجيل دون علاج من عيوب نظام الشهر السابق عليه :
وإذا كان قانون التسجيل قد قطع مرحلة فى التمهيد لادخال نظام السجل العقارى فى مصر تحقيقاً للغرض الذى سن من أجله كما جاء فى دياجته [1] ، فانه لم يقطع الطريق إلى نهايته ، بل ترك دون علاج كثيراً من عيوب نظام الشهر الذى قرره التقنين المدنى السابق. وأهم هذه العيوب التى بقيت لاصقة بنظام الشهر فى عهد قانون التسجيل هى :

أولا – بقى نظم الشهر نظاماً شخصياً وفقاً للأسماء لا تبعاً للعقار، وقد قدمنا أنه لا يتحول إلى نظام عينى إلا بادخال نظام سجل العقارى .

ثانياً – بقى الشهر لا حجية فى ذاته ، فالعقد يشهر على علاته ، فان كان باطلا يبقى باطلا. وإن كان لا ينقل الحق العينى فهو لا ينقله حتى بعد الشهر . وقد قدمنا أن الحجية الكاملة المترتبة على الشهر فى ذاته لا تكون إلا بادخال نظام السجل العقارى.

ثالثاً – بقيت جهات الشهر متعددة ، وبقى الشهر جائراً فى المحاكم المختلطة والمحاكم الشرعية والمحاكم الوطنية ، كما كان الأمر فى عهد التقنين المدنى السابق .

هذه هى العيوب الرئيسية الثلاثة التى لم يعالجها قانون التسجيل ، وكان من المتعذر عليه معالجتها قبل إلغاء الامتيازات الأجنبية أو التخفف! منها بالنسبة إلى تعدد جهات الشهر ، وقبل إدخال نظام السجل العقارى بالنسبة إلى النظام الشخصى وإلى الحجية غير الكاملة للشهر.

يضاف إلى هذه العيوب الرئيسية عيبان آخران ، كان فى استطاعة المشرع أن يعالجهما فى قانون التسجيل لو أنه توخى مزيداً من العناية ، وهذان العيبان هما :

أولا – لم يستقص قانون التسجيل استقصاء تاماً المحررات التى يجب شهرها . فهو قد اقتصر فى التصرفات القانونية على العقود ما بين الأحياء ، فترك التصرفات الصادرة من جانب واحد كالوقف إذ بقى شهره مقصوراً على المحاكم الشرعية ، وترك كذلك التصرفات والوقائع التى تنقل الملك بسبب الموت وهى الوصية والأرث ، وعدم شهرهما ثغرة واسعة فى نظام الشهر الذى قرره التقنين المدنى السابق ، فبقى ثغرة واسعة فى نظام الشهر الذى قرره قانون التسجيل . وترك أيضاً دون شهر القرارات الإدارية التى تنقل الملك كمرسوم نزع الملكية وكأذن الحكومة فى إحياء الأرض الموات وكقرار وزير المالية فى توزيع طرح البحر . ولم ينص صراحة على شهر دعوى صحة التعاقد مع أهمية النص على ذلك ، وإن كانت محكمة النقض أدخلت هذه الدعوى فى شئ من التجاوز ضمن دعاوى الاستحقاق .

(١) قد جاء فى دياجة هذا القانون : «وبعد الاطلاع على ما قرره مجلس الوزراء بتاريخ ٢٥ أبريل سنة ١٩٢٢ من الموافقة مبدئياً على إدخال نظام السجلات العقارية فى القطر المصرى . وحيث أنه يجب قبل إدخال هذا النظام فى البلاد إجراء بعض تعديلات فى النظام الحالى الخاص بالحقوق العينية العقارية» .

ثانياً : لم يجمع قانون التسجيل نظام القيد إلى نظام التسجيل، بل فرق بينهما، فتكفل هو بنظام التسجيل وترك نظام القيد كما كان منصوصاً عليه فى التقنين المدنى السابق . وهذا عيب استحدثه قانون التسجيل إذ لم يكن موجوداً فى التقنين المدنى السابق، فقد كان هذا التقنين يشتمل على النظامين معاً وإن تناثرت النصوص فى أماكن متفرقة متباعدة . وكان الخير أن يجتمع التسجيل والقيد فى نظام واحد ، وأن يلتئم شتات النصوص المتفرقة التى تعرض لكل من الأمرين . ولو فعل قانون التسجيل ذلك ، لأمكن تدارك عيب وقع فى التقنين المدنى السابق ، وهو إبقاء بعض الحقوق العينية التبعية – رهن الحيازة العقارى وامتياز بائع العقار – خاضعة لنظام التسجيل دون نظام القيد الذى كان من الواجب أن تخضع له كل الحقوق العينية التبعية .

المرحلة الرابعة – فى نظام الشهر فى قانون تنظيم الشهر العقارى

٢٦٢ – الظروف الملابسة لصدور هذا التشريع : تهيأت الظروف للتقدم بنظام الشهر مرحلة رابعة . فقد كانت العيوب التى لم يعالجها قانون التسجيل ، والتى أشرنا إليها فيما تقدم، عيوباً جدية تحول دون سرعة الأخذ بنظام السجل العقارى . ثم إن نظام الامتيازات الأجنبية ، عند ما كان متغلغلا فى مصر ، منع من توحيد جهات الشهر كما رأينا ، فعندما لاحت بارقة فى إلغاء هذا النظام ، ثم عند ما تقرر إلغاؤه فعلا ، ودخلت مصر فى مرحلة انتقالية مدتها اثنتا عشرة من سنة ١٩٣٧ الى سنة ١٩٤٩ تمهد لإلغائه إلغاء تاماً، كانت الظروف مواتية للنظر فى توحيد جهات الشهر حتى قبل إلغاء نظام الامتيازات وفى أثناء مرحلة الانتقال وقد أوشكت على الانقضاء .

هذه الظروف مجتمعة هيأت الجو لإصدار تشريع جديد يعالج العيوب التى تركها قانون التسجيل دون علاج فى نظام الشهر ، وبوجه خاص يوحد جهات الشهر فى جهة واحدة فتزول المساوئ الناجمة عن تعدد الجهات . وقد كان التقنين المدنى الجديد فى طريقه إلى الصدور وقت ذاك ، وكان من الممكن تضمينه هذا التشريع الجديد . وقد تضمنه المشروع النهائى الجديد فعلا ، لولا أن اللجنة التشريعية لمجلس النواب رأت جعل نظام الشهر العقارى فى قانون خاص منفصل عن التقنين المدنى ، لأنه على كل حال قانون مؤقت الغرض منه التمهيد لإدخال نظام السجل العقارى فى مصر ، فمصيره حتما إلى الزوال بمجرد إدخال هذا النظام .

فصدر قانون تنظيم الشهر العقارى – وهو قانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ – فى ١١ من شهر أغسطس سنة ١٩٤٦ ، ليكون معمولا به ابتداء من أول يناير سنة ١٩٤٧. وهذا هو التشريع المعمول به فى الوقت الحاضر ، ويسرى على جميع المحررات واجبة الشهر التى تصدر من تاريخ العمل به . أما المحررات الثابتة التاريخ قبل أول يناير سنة ١٩٤٧ فيسرى عليها قانون التسجيل ، ويسرى على المحررات الثابتة التاريخ قبل أول يناير سنة ١٩٢٤ نصوص التقنين المدنى السابق، وقد تقدم ذكر ذلك .

وقد تم تعديل القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ بالقوانين ارقام ٥ لسنة ١٩٦٤ ،

٢٢٢ لسنة ١٩٥٦ ، ٨٢ لسنة ١٩٥٧ ، ١٣٦ لسنة ١٩٥٧ ، ٢٥ لسنة ١٩٧٦ ، ٢٢٣ لسنة ١٩٩٦ .

وقد صدر القانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٤٧ بشأن التوثيق وقد نظم توثيق المحررات .

ثم أصدر المشرع القانون رقم ١٤٣ لسنة ١٩٦٤ بنظام السجل العينى ونصت مادته الثانية على أن تتولى مصلحة الشهر العقارى ومكاتبها ومأمورياتها أعمال السجل العينى طبقا لأحكام القانون . وقضت مادته الثالثة بأن يختص كل مكتب من مكاتب السجل العينى ومعه غيره بقيد المحررات المتعلقة بالعقارات التى تقع فى دائرة اختصاصه .

ويطبق نظام السجل العينى تدريجياً على كل منطقة يتم مسحها مساحة حديثة ، واصدر وزير العدل عدة قرارات بتحديد المناطق التى يجرى مسحها مسحاً حديثاً وتطبيق قانون السجل العينى فيها .

فنستعرض أهم نصوص قانون تنظيم الشهر العقارى ، ثم نبين وجوه الإصلاح التى حققها ، والعيوب التى تركها دون علاج إلى أن يتم إدخال نظام السجل العقارى فى مصر.

٢٦٣ – أهم نصوص قانون تنظيم الشهر العقارى : تتناول نصوص قانون تنظيم الشهر العقارى توحيد جهات الشهر والمحررات الواجب شهرها وإجراءات الشهر .

أولا – توحيد جهات الشهر: وحد قانون تنظيم الشهر العقارى جهات الشهر فى جهة واحدة هى مكاتب الشهر العقارى، وألغى الجهات المتعددة التى كان الشهر يتم فيها بالغاء أقلام التسجيل الملحقة بالمحاكم الوطنية والمختلطة والشرعية . نرى ذلك فى النصوص الآتية :

نصت المادة الأولى من هذا القانون على أن «ينشأ فى المحافظات مكاتب للشهر العقارى تتولى شهر المحررات التى تقضى القوانين بتسجيلها أو بقيدها» .

ونصت المادة ٤ على أن «تلغى أقلام التسجيل الملحقة بالمحاكم الوطنية والمختلطة والشرعية، وتحل محلها مكاتب الشهر العقارى. ويحال ما بهذه الأقلام وما بمصلحة المساحة من السجلات والفهارس وغير ذلك من الوثائق الخاصة بشهر المحررات إلى هذه المكاتب».

ونصت المادة ١/٥ على أن «يختص كل مكتب من مكاتب الشهر دون غيره بشهر المحررات المتعلقة بالعقارات التى تقع فى دائرة اختصاصه» .

ثانياً – المحررات الواجب شهرها : وأما المحررات الواجب شهرها ، فقد جمع القانون فى ذلك بين المحررات التى تخضع فى شهرها لنظام التسجيل وتلك التى تخضع لنظام القيد.

أ – فالمحررات التى تخضع لنظام التسجيل استقصاها القانون فى التصرفات سواء كانت منشئة أو كاشفة ، وفى واقعة الإرث ، وفى الدعاوى .

وقد تناولت المواد ٩ إلي ١١ التصرفات المنشئة والتصرفات الكاشفة . فورد النص عاما فى التصرفات المنشئة ، وأدخلت جميع التصرفات سواء كانت صادرة من الجانبين كالعقود أو من جانب واحد كالوقف ، وسواء كانت بين الأحياء كالبيع أو بسبب الموت كالوصية. فدخل بذلك فى التصرفات واجبة الشهر الوقف والوصية وقد نص القانون على ذلك صراحة، وكان هذان التصرفان لا يتناولهما قانون التسجيل كما سبق القول . وجعل الجزاء على عدم التسجيل فى التصرفات المنشئة أن الحق العينى لا ينشأ ولا ينتقل ولا يتغير ولا يزول لا بالنسبة إلي الغير ولا فيما بين المتعاقدين ، أما فى التصرفات الكاشفة فيترتب على عدم التسجيل أن الحق العينى لا يكون حجة على الغير فقط . وألحق بالتصرفات المنشئة والتصرفات الكاشفة الإيجارات والسندات التى ترد على منفعة العقار إذا زادت مدتها على تسع سنوات والمخالصات والحوالات[1] بالأجرة مقدما لأكثر من ثلاث سنوات ، وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشئ من ذلك . ونورد هذه النصوص :

نصت المادة ٩ من قانون تنظيم الشهر العقارى معدلة بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٧٦ على أن «جميع التصرفات التى من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله ، وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشئ من ذلك يجب شهرها بطريق التسجيل، ويدخل فى هذه التصرفات الوقف والوصية . ويترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول ، لا بين ذوى الشأن ولابالنسبة إلى غيرهم . ولا يكون للتصرفات غير المسجلة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوى الشأن»[2] . ويجوز لمن حصل مع آخرين على حكم نهائى مثبت لحق من هذه

(١) وقد رأينا أن كلا من التقنين المدنى السابق وقانون التسجيل لم يذكر الحوالة بالأجرة إلى جانب المخالصة.

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية تعليقاً على هذا النص إنه مقتبس من المادة الأولى من قانون التسجيل مع إدخال تعديلات عليها . وأهم هذه التعديلات استبدال كلمة «التصرفات» بكلمة «العقود» لأنها أشمل فى مدلولها ، فهى تتناول إلى جانب العقود والاتفاقات الأعمال القانونية التى تصدر من جانب واحد، فيقع فى حكم النص الوقف والتصرفات الإدارية التى تتناول حقوقاً عينية عقارية كمراسيم نزع الملكية للمنفعة العامة والإذن الذى تعطيه الحكومة فى إحياء الأرض الموات وقرارات وزير المالية بتوزيع البحر عملا بأحكام القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٣٣ . كذلك حذف من النص عبارة «الصادرة بين الأحياء» حتى يشمل مدلوله التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت كالوصية .

هذا وقد قدمنا أن قانون التسجيل كان لا يوجب تسجيل التصرفات الإدارية التى تتناول حقوقاً عينية عقارية . وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأن الحكم لا يكون قد أخطأ إذ قضى بتثبيت ملكية المشترى لأطيان من طرح البحر بعقود غير مسجلة فى ظل القانونين رقمى ١٨ و ١٩ لسنة ١٩٢٣ ، وذلك أن هذين القانونين لم يوجبا تسجيل القرارات الإدارية لتوزيع طرح البحر. ولا يغير من هذا النظر أن تكون المادة التاسعة من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ يشمل نصها إلى جانب العقود والاتفاقات الواجب شهرها التصرفات الإدارية التى تتناول حقوقاً عينية عقارية كقرارات وزير المالية بتوزيع طرح البحر ، أو أن تكون المادة العاشرة من القانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٥٣ الخاص بطرح البحر وأكله قد نصت على أن يوزع طرح البحر بقرار من وزير المالية ويكون سنداً له قوة العقد الرسمى وأن يسجل بدون رسم ، إذ ليس لهذين القانونين أثر رجعى فلا يسريان على القرارات السابقة عليهما (نقض مدنى ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٢٠ ص ١٥٤) .

الحقوق أن يطلب قصر التسجيل على القدر الذى قضى له به ، كما يجوز له أن يطلب قصر التسجيل على العقارات المقضى له بها فى قسم أو ناحية معينة .

ويجوز لمن حصل على حكم نهائى لصالحه أن يطلب قصر التسجيل على القدر المقضى له به فى قسم أو ناحية معينة .

ولا تسرى الفقرتان السابقتان إذا كان التصرف المقضى به من عقود المقايضة .

ونصت المادة ١٠ على أن «جميع التصرفات والأحكام النهائية المقررة لحق من الحقوق العينية العقارية الأصلية يجب كذلك تسجيلها ، ويترتب على عدم التسجيل أن هذه الحقوق لا تكون حجة على الغير . ويسرى هذا الحكم على القسمة العقارية ، ولو كان محلها أموالا موروثة[1] . ويجوز للشريك الذى حصل على حكم نهائى بالقسمة أو بصحة التعاقد على القسمة أن يطلب قصر التسجيل على حصته ما لم يترتب على هذا الشهر إنهاء حالة الشيوع، كما يجوز له أن يطلب قصر التسجيل على نصيبه فى قسم أو ناحية معينة ، وعلى المكتب الذى تم فيه التسجيل أن يخطر مكاتب الشهر التى تقع بدائرتها باقى العقارات موضوع القسمة للتأشير بذلك .

ونصت المادة ١١ على أنه «يجب تسجيل الإيجارات والسندات التى ترد على منفعة العقار إذا زادت مدتها على تسع سنوات ، والمخالصات والحوالات بأكثر من أجرة ثلاث سنوات مقدما ، وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشئ من ذلك . ويترتب على عدم تسجيلها أنها لا تكون نافذة فى حق الغير فيما زاد على مدة تسع سنوات بالنسبة إلى الإيجارات والسندات ، وفيما زاد على أجرة ثلاث سنوات بالنسبة إلى المخالصات والحوالة» .

وتناولت المادة ١٣ من قانون تنظيم الشهر العقارى واقعة مادية لا تصرفاً قانونياً ، وهى واقعة الإرث ، فأخضعتها للشهر لما فى شهرها من أهمية بالغة ، إذ هى من أكثر الأسباب شيوعاً فى نقل الملكية كما سبق القول . فنصت على أنه «يجب شهر حق الأرث بتسجيل إشهادات الوراثة الشرعية أو الأحكام النهائية أو غيرها من السندات المثبتة لحق الأرث، مع قوائم جرد التركة إذا اشتملت على حقوق عينية عقارية ، وذلك بدون رسم . وإلى أن يتم

(١) وقد ورد النص صراحة على قسمة الأموال الموروثه لأنها كانت محل لبس فى وجوب تسجيلها فى عهد قانون التسجيل. ويرجع السبب فى ذلك إلى أن الأثر الكاشف لقسمة الأموال الموروثة يجعل انتقال الملكية بسبب الوفاة، وانتقال الملكية بسبب الوفاة لم يكن خاضعا للشهر فى عهد قانون التسجيل. ولكن الراجح فى الفقه والقضاء فى ذلك العهد هو تسجيل قسمة الأموال ولو كانت موروثة، لأن القسمة جعلت المال الموروث مفرزاً بعد أن كان شائعاً (الأستاذ محمد على إمام فقرة ١٦٢ ص٢٤٩).

هذا وإذا تعارض تصرف منشئ مع تصرف كاشف، فالعبرة بالأسبقية فى التسجيل، لأن كلا التصرفين لا ينفذ فى حق الغير إلا بالتسجيل. وقد قضت محكمة النقض بأن الشريك فى ملك شائع الذى يتصرف فى حصته الشائعة بعد رفع دعوى القسمة لا يعتبر ممثلا للمشترى منه إذا سجل هذا الأخير عقد شرائه وانتقلت إليه بذلك ملكية الحصة المبيعة قبل انتهاء اجراءات القسمة، ففضلت محكمة النقض عقد البيع على الحكم بالقسمة لأن عقد البيع سجل أو لا (نقض مدنى ٢٢ يناير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم٥٤ ص٣٧٠- وانظر أيضاً نقض مدنى ٢٠ أكتوبر سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١٨٥ ص١٣٧٥).

هذا التسجيل لا يجوز شهر أى تصرف يصدر من الوارث فى حق من هذه الحقوق[1]. ويجوز أن يقصر شهر حق الإرث على جزء من عقارات التركة ، وفى هذه الحالة يعتبر هذا الجزء وحدة يبنى عل أساسها تصرفات الورثة» [2](أ). وقد بينت المواد ٤٨ إلى ٥٣ الإجراءات التى تتبع فى شهر حق الأرث . وأخضعت المادة ١٤ الديون العادية لدائنى التركة للشهر، فنصت على أنه «يجب التأشير بالمحررات المثبتة لدين من الديون العادية على المورث فى هامش تسجيل الإشهادات أو الأحكام أو السندات وقوائم الجرد المتعلقة بها . ويحتج بهذا التأشير من تاريخ حصوله ، ومع ذلك إذا تم التأشير فى خلال سنة من تاريخ التسجيل المشار إليه فللدائن أن يحتج بحقه على كل من تلقى من الوارث حقاً عينياً عقارياً وقام بشهره قبل هذا التأشير»[3].

(١) وقد قضت محكمة دمنهور الكلية بأن القانون لا يمس مبدأ أيلولة العقارات إلى الوارث بمجرد تحقق وفاة المورث وقيام سبب الإرث، دون أن يعتبر حق الإرث تصرفاً من التصرفات القانونية . لذلك لم يعد هناك وجه لجعل انتقال حق الملكية إلى الوارث متوقفاً على شهره . لكن إذا أراد الوارث أن يجرى على عقار تلقاه بالميراث أى تصرف ، واحتاج الأمر إلى شهر هذا التصرف الأخير ، فإنه على الوارث أن يقوم أولا بشهر حق الإرث. وهذه القواعد هى التى يتعين الأخذ بها بمناسبة حل الوقف على غير جهات البر (دمنهور الكلية ٢٨ مارس سنة ١٩٥٥ المحاماة ٣٦ رقم ٥٧٦ ص ١٧٥٤) .

(٢) ومن ثم إذا أراد الوارث التصرف فى عقار معين فى التركة ، لم يلزمه أن يشهر حق الإرث عن عقارات التركة جميعها ، بل يقتصر على شهر حق الإرث فى هذا العقار وحده . ولكن يفترض فى هذه الحالة أن هذا العقار وحدة يبنى على أساسها تصرفات الورثة، فلا يستطيع الوارث أن يتصرف فى العقار إلا بقدر حصته فى التركة (الأستاذ محمد على امام فقرة ١٧٦ ص ٢٩٤) .

(٣) وإذا لم يشهر الوارث حق الإرث لعدم صدور تصرف منه يقتضى هذا الشهر، كان لدائن التركة أن ينفذ على أعيان التركة وهى فى يد الوارث . وإذا لم يستطع الدائن أن يؤشر بدينه بحيث يكون تأشيره نافذاً فى حق المشترى لعقار من الوارث ، كان للدائن أن ينفذ بدينه على أموال التركة الأخرى التى تبقى فى يد الوارث (الأستاذ محمد على إمام فلقرة ١٧٦ ص ٢٩٥ – ص ٢٩٦) .

وهذا وتأشير الدائن بحقه ليس لازماً إذا عين للتركة مصف ، إذ يكفى قيد الأمر بتعيين المصفى فى السجل المعد لذلك فى المحكمة (م ٢/٨٧٩ و ٩١٤ مدنى) .

(1) أ– مفاد نص الفقرتين الأولى والثانية للمادة ١٣ من قانون تنظيم الشهر العقارى رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ أن المشرع لم يجعل شهر حق الأرث شرطا لانتقال الحقوق العينية العقارية إلى الورثة، حتى لا تبقى هذه الحقوق بغير مالك لحين شهر حق الأرث وانما تؤول هذه الحقوق للورثة من وقت وفاة المورث باعتبار أن انتقال ملكية أعيان التركة بما فيها الحقوق العينية العقارية من المورث إلى الوارث أثر يترتب على واقعة الوفاة ، واكتفى المشرع فى مقام تحديد الجزاء على عدم شهر حق الأرث بمنع شهر أى تصرف يصدر من الوارث فى أى عقار من عقارات التركة دون منع التصرف ذاته.

(جلسة ١٩٦٦/١١/١ الطعن ٥٧ لسنة ٣٢ ق مجموعة أحكام النقض السنة ١٧ ص ١٥٩٩)

ب – مفاد المادة١/٨٧من القانون المدنى أن أيلولة العقارات إلى الوارث بمقتضى حق الإرث انما تترتب على مجرد واقعة هى موت المورث وقيام سبب الأرث دون أن يكون ذلك متوقفا على شهره.

(جلسة ١٩٨١/٦/٢٤ الطعن ٩٣٩ لسنة ٤٧ق)

وتناولت المواد ١٥ إلى ١٧ الدعاوى الواجب شهرها، وهى جميع الدعاوى التى يكون الغرض منها الطعن فى التصرف القانونى الذى يتضمنه المحرر واجب الشهر وجوداً أو صحة أو نفاذاً. فعمم النص عما كان عليه فى قانون التسجيل ، وأصبحت دعاوى البطلان والفسخ والإلغاء والرجوع غير مذكورة على سبيل الحصر بل على سبيل التمثيل[1]. فتدخل بذلك الدعوى البولصية ضمن الدعاوى الواجبة الشهر لتكون حجة على الغير الذى يتعامل مع من تصرف له المدين، إذ هى دعوى عدم نفاذ وليست بدعوى إبطال [2] . وذكرت النصوص أيضاً دعوى الاستحقاق [3]، ولم تنقل دعوى صحة التعاقد بل أفردتها بالنص إذ هى فى الواقع ليست بدعوى استحقاق بالرغم من أن محكمة النقض أدرجتها ضمن دعاوى الاستحقاق لتتلافى عيب إغفالها فى قانون التسجيل . ونورد الآن هذه النصوص :

نصت المادة ١٥ على أنه «يجب التأشير فى هامش سجل المحررات واجبة الشهر بما يقدم ضدها من الدعاوى التى يكون الغرض منها الطعن فى التصرف الذى يتضمنه المحرر وجوداً أو صحة أو نفاذاً ، كدعاوى البطلان أو الفسخ أو الإلغاء أو الرجوع ، فاذا كان المحرر الأصلى لم يشهر تسجل تلك الدعاوى . ويجب كذلك تسجيل دعاوى استحقاق أى حق من الحقوق العينية العقارية أو التأشير بها على حسب الأحوال ، كما يجب تسجيل دعاوى صحة التعاقد على حقوق عينية عقارية . وتحصل التأشيرات والتسجيلات المشار إليها بعد إعلان صحيفة الدعوى وقيدها بجدول المحكمة». ونصت المادة ١٦ على أن «يؤشر

(١) ويوجد فرق آخر بين قانون التسجيل وقانون الشهر فى حجية تسجيل الدعوى . ففى قانون التسجيل لا يحمى الغير الذى سجل حقه قبل تسجيل الدعوى إلا إذا كان دائناً مرتهناً حسن النية ، أما فى قانون الشهر فيحمى صاحب أى حق عينى حسن النية كالمشترى وصاحب حق الانتفاع ، ولا تقتصر الحماية على الدائن المرتهن ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك (أنظر فقرة ٢٥٩ فى الهامش) .

(٢) وقد استبدل المشرع عبارة «الواجبة الشهر» بعبارة «الواجبة التسجيل» الواردة فى المادة ٧ من قانون التسجيل ، فأصبح نص قانون الشهر يتسع لدعاوى الطعن فى المحررات التى تشهر بطريق القيد كدعوى شطب الرهن (الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٧٤ ص ١٩٧ ص ١٩٨).

(٣) ولا تؤخذ عبارة «دعوى الاستحقاق» على إطلاقها ، ولا يقصد بها الدعوى التى يرفعها المالك الحقيقى على واضع اليد لاسترداد عقاره ، فإن هذه الدعوى إذا سجلت وحكم للمالك الحقيقى بملكيته للعقار كان هذا الحكم حجة للمشترى من واضع اليد ولو كان حسن النية وسجل عقد شرائه قبل تسجيل صحيفة دعوى الاستحقاق . وإنما يقصد بدعوى الاستحقاق الدعوى التى يرفعها المالك على واضع اليد فى الأحوال التى يكون فيها تصرف واضع اليد فى العقار نافذاً فى حق المالك كدعوى الاستحقاق التى يرفعها المالك ضد الوارث الظاهر ودعوى الصورية التى يرفعها البائع بعقد صورى ضد المشترى. فإذا باع الوارث الظاهر العقار لمشتر حسن النية وسجل المشترى عقد شرائه قبل تسجيل دعوى الاستحقاق، لم يسر الحكم بالاستحقاق فى حق المشترى . وإذا باع المشترى بعقد صورى العقار لمشتر آخر حسن النية وسجل هذا المشترى الآخر عقد شرائه قبل تسجيل دعوى الصورية لم يسر الحكم بالصورية فى حق المشترى الآخر. (قارب الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٧٤ ص ١٩٨ – الأستاذ عبدالمنعم البدرواى فقرة ٢٠٣ ص ٣٠٥ – استئناف مختلط ٢٤ يناير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٣٩) .

بمنطوق الحكم النهائى فى الدعاوى المبينة بالمادة السابقة فى ذيل التأشير بالدعوى أو فى هامش تسجيلها. ويتم التأشير بالنسبة للأحكام الواجب تسجيلها عند تسجيل هذه الأحكام»[1].

وقد أضيفت الفقرة الثانية من المادة المذكورة بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٧٦.

ونصت المادة ١٧ على أنه «يترتب على تسجيل الدعاوى المذكورة بالمادة الخامسة عشرة أو التأشير بها أن حق المدعى ، إذا تقرر بحكم مؤشر به طبق القانون ، يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل الدعاوى أو التأشير بها . ولا يكون هذا الحق حجة على الغير الذى كسب حقه بحسن نية قبل التأشير أو التسجيل المشار إليهما» [١][2].

---

(١) كانت المادة ١٧ من قانون تنظيم الشهر العقارى تنص فى فقرة ثالثة على ما يأتى : «ويعتبر الغير حسن النية إذا كان لا يعلم ولا يستطيع أن يعلم بالسبب الذى تستند إليه الدعوى» . وقد تبين أن ذكر هذه الفقرة جاء على سبيل الخطأ المادى ، ولذا صدر مرسوم فى ٢٩ سبتمبر سنة ١٩٤٧ يحذفها تصحيحاً للنص (الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٢٥ ص ١٩٩ هامش رقم ٣) .

والغير الذى كسب حقه وسجل قبل تسجيل صحيفة الدعوى يجب أن يكون قد كسب الحق بعقد جدى لا بعقد صورى ولا بعقد باطل بطلاناً مطلقاً ، لأن التسجيل لا يمكن أن يرتب للعقد الصورى ولا للعقد الباطل آثاراً قانونية لم تكن له ، فيقف فى مضمار المفاضلة مع عقد جدى ولو كان غير مسجل (نقض مدنى ١٢ يناير سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٣٤ ص ٥٩ - ٩ ديسمبر سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٩٦ ص ٢٠٦ - ٢٠ أكتوبر سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٣٥ ص ٤٠٥ - ٣ يونية ١٩٤٣ المحاماة ٢٦ رقم ٨٧ ص ٢٣٠ ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٦ رقم ١٨٤ ص ٤٧٣ - ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٤٩ المحاماة ٣٠ رقم ٤٣٣ ص ٩٧٠ - استئناف مختلط ٢٤ يناير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٣٩ وقد سبقت الإشارة إليه - الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٧٥ ص ٢٠١ - الأستاذ عبدالمنعم البدراوى فقرة ٢٠٣ ص ٣٠٤ - ص ٣٠٥)

(1) يترتب على تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد على مقتضى نص المادتين ٢/١٥ ، ١٧ من قانون تنظيم الشهر العقارى ، ان حق المدعى إذا تقرر بحكم مؤشر به طبقاً للقانون يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل صحيفة الدعوى .

(جلسة ١٩٧١/٥/٢٧ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٢ ص ٦٩٦)

(جلسة ١٩٦٧/٤/١٣ مجموعة أحكام النقض السنة ١٨ ص ٨٢٨)

(2) اذ تقضى المواد ٢٥، ٢٨، ٣١ من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ بتنظيم الشهر العقارى بان كلا من طلبات التسجيل ومشروعات المحررات والمحررات تثبت فى دفاتر تعد لذلك بمأموريات ومكاتب الشهر العقارى حسب تواريخ وساعات تقديمها ، فان ذلك ما يفيد أن السابق واللاحق يتعين حتما - إن تما فى يوم واحد - بأسبقية رقم التسجيل فى دفتر الشهر ، وقد عنى المشرع بوضع هذا النظام ولم يترك الأمر فيه لمحض الصدفة نظرا لما يترتب على أسبقية التسجيل من أثر فى المفاضلة بين المتنازعين على ملكية عقار واحد ، ذلك أن مؤدى نصوص المواد ٩ ،١٥، ١٧ من القانون المذكور أن ملكية العقار لا تنتقل من البائع إلى المشترى إلا بتسجيل عقد البيع أو بتسجيل الحكم النهائى باثبات التعاقد أو بالتأشير بذلك الحكم على هامش تسجيل صحيفة الدعوى اذا كانت قد سجلت. وتسجيل هذه الصحيفة يحفظ لرافعها حقوقه من تاريخ حصوله حتى اذا ما حكم له بطلباته فان الحق الذى قرره =

ولا يسرى حكم الفقرة الأولى من هذه المادة على الاحكام التى يتم التأشير بها بعد مضى خمس سنوات من تاريخ صيرورتها نهائية أو من تاريخ العمل بهذا القانون أيهما أطول (مضافة بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٧٦) .

ب - والمحررات التى تخضع لنظام القيد جمعها قانون الشهر مع المحررات التى تخضع لنظام التسجيل ، فتناولتها المواد ١٢ و ١٩ و ٥٨ ، فأخضعت لنظا م القيد الحقوق العينية العقارية التبعية وكذلك تغيير الدائن الأصلى فى الديون المضمونة بتأمين عينى عقارى.

أوجبت المادة ١٢ شهر التصرفات المتعلقة بحق عينى عقارى تبعى ، أى لتأمين عينى عقارى، وذلك عن طريق القيد . فنصت على أن «جميع التصرفات المنشئة لحق من الحقوق العينية العقارية التبعية أو المقررة لها ، وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشئ من ذلك، يجب شهرها بطريق القيد ، ويترتب على عدم القيد أن هذه الحقوق لا تكون حجة على الغير» . المادة ١٢ مكررا المضافة بالقانون رقم ٨٢ لسنة ١٩٥٧ «لا يقبل إثبات تاريخ المحررات الواجب شهرها طبقا للمواد السابقة» .

فوجب إذن قيد حق الرهن الرسمى وحق رهن الحيازة العقارى[١] . وحق الاختصاص وحقوق الامتياز[٢] . ويدخل فى حقوق الامتياز حق امتياز بائع العقار، فهذا الحق لا يكون شهره إلا عن طريق القيد ، وكان قبلا يكتفى فى شهره بتسجيل عقد البيع الذى يذكر فيه بقاء الثمن أو جزء منه فى ذمة المشترى . وقد احتاط المشرع ، فيما يتعلق بحق رهن الحيازة العقارى وبحق امتياز بائع العقار السابق تسجيلهما طبقاً للأحكام التى كان معمولا بها فى الماضى على ما قدمنا ، فأوجب على أصحاب هذين الحقين أن يقوموا بقيد حقوقهم حتى يمكن العثور عليها ضمن الحقوق المقيدة عن البحث ، وحتى يجب تجديد القيد كل عشر سنوات كما هو الحكم فى القيود . فنصت المادة ١/٥٨ على ما يأتى : «على أصحاب رهن الحيازة العقارى وحقوق الامتيازات العقارية السابقة أن يقوموا بقيد حقوقهم فى خلال عشر سنوات من تاريخ تسجيل العقود المرتبة لها أو فى خلال سنة من تاريخ العمل بهذا القانون ، أى المدتين أطول[٣] . أى المدتين أطول. فاذا لم يتم القيد

=الحكـم ينسحب إلى تاريخ تسجيل العريضة اذا كان قد تأشر بهذا الحكم طبقا للقانون دون أن يتأثر بما يصدر من البائع من تصرفات اشهرت بعد هذا التاريخ .

(جلسة ١٩٦٦/٣/١ مجموعة أحكام النقض السنة ١٧ ص ٤٨٧)

(١) وكان هذا الحق قبل ذلك خاضعاً دون مبرر لنظام التسجيل ، كما سبق القول .

(٢) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية لقانون تنظيم الشهر العقارى : «لم تتناول المادة ١٢ غير التصرفات المنشئة أو المقررة للحقوق العينية العقارية التبعية ، أما التصرفات التى تتناول نقل هذه الحقوق أو تغييرها أو زوالها فطريق شهرها هو التأشير فى هامش قيدها الأصلى» .

(٣) صدر القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٤٧ بمد المدة المحددة فى هذا النص سنة أخرى تنتهى فى آخر ديسمبر سنة ١٩٤٨ .

في خلال المدة المتقدمة، لا يكون الحق بعد انقضائها نافذاً بالنسبة إلى الغير . ويترتب على إجراء القيد المذكور حفظ مرتبة الحق من تاريخ تسجيل العقد المرتب له» . وقد بينت المواد ٣٠ و ٤١ إلى ٤٧ الإجراءات الواجب اتباعها لقيد الحقوق العينية العقارية التبعية ، ولتجديد القيد ، ولمحوه ، ولإلغاء المحو .

أما فيما يتعلق بتغيير الدائن الأصلي بدائن جديد في الديون المضمونة بتأمين عيني عقاري، فقد نصت المادة ١٩ على أنه «لا يصح التمسك قبل الغير بتحويل حق مضمون بقيد أو برهنه ولا التمسك بالحق الناشئ من حلول شخص محل الدائن في هذا الحق بحكم القانون أو بالاتفاق ، ولا التمسك كذلك بمجرد القيد أو بالتنازل عن مرتبة القيد، إلا إذا حصل التأشير بذلك في هامش القيد الأصلي» .

ثالثاً : اجراءات الشهر : أما إجراءات الشهر التي رسمها قانون تنظيم الشهر العقاري فلا تقل في الدقة عن الإجراءات التي رسمها قانون التسجيل ، بل تزيد . فأوجب القانون في طلب الشهر أن يشتمل على بيانات نصت عليها المادة ٢٢ على الوجه الآتي : (أولا) البيانات الدالة على شخصية كل طرف ، وعلى الأخص اسمه ولقبه وسنه وجنسيته ومحل إقامته واسم أبيه وجده لأبيه . (ثانيا) بيان صفات من يقومون مقام غيرهم ومدى سلطاتهم . (ثالثا) البيانات اللازمة والمفيدة في تعيين العقار ، وعلى الأخص بيان موقعه ومساحته وحدوده . فان كان من الأراضي الزراعية وجب ذكر اسم الناحية والحوض ورقم القطعة ، وإن كان من أراضي البناء أو من العقارات المبنية وجب ذكر اسم القسم والشارع والحارة إن وجد . (رابعا) موضوع المحرر المراد شهره وبيان المقابل أو مقدار الدين إن وجد . (خامسا) البيانات الخاصة بالتكليف إذا كان موضوع المحرر يقتضي تغييراً في دفاتر التكليف . (سادسا) «والمستبدلة بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٧٦» البيانات الخاصة بأصل حق الملكية أو الحق العيني محل التصرف وذلك في العقود والاشهادات ، وكذلك أحكام صحة التعاقد والقسمة وتثبيت الملكية إذا بنيت على الإقرار بأصل الحق أو التسليم للمدعي بطلباته . واحكام توثيق الصلح بين الخصوم وإثبات ما اتفقوا عليه في محضر الجلسة وأوامر الاختصاص .

ويجب أن تشتمل هذه البيانات على اسم المالك أو صاحب الحق العيني السابق وسبب انتقال الملكية أو الحق العيني ورقم وتاريخ شهر سند الملكية أو الحق العيني إن كان مشهراً . (سابعا) بيان الحقوق العينية المقررة على العقار المتصرف فيه ، وعلى الأخص ارتفاقات الري والصرف . ويجب أن يقرن الطلب بالاوراق المؤيدة للبيانات المذكورة في الفقرات ثانيا، وخامساً ، وسادساً .

وتعيد مأمورية الشهر للطالب نسخة من الطلب مؤشراً عليها برأيها في قبل إجراء الشهر أو بيان ما يجب أن يستوفى فيه. ويقدم صاحب الشأن بعد التأشير على الطلب بقبول إجراء الشهر مشروع المحرر المراد شهره للمأمورية المختصة ومعه الصورة المؤشر عليها من هذا الطلب. وتؤشر المأمورية على مشروع المحرر بصلاحيته للشهر بعد التثبت من مطابقة البيانات

الواردة فيه لبيانات الطلب الخاص به. وتقدم لمكتب الشهر المختص المحررات التي تم التأشير على مشروعاتها بصلاحيتها للشهر، بعد توقيعها أو بعد التصديق على توقيعات ذوي الشأن فيها إن كانت عرفية. ويحصل التأشير على المحررات الواجب شهرها بطريق التسجيل، وعلى قوائم القيد في حالة المحررات الواجب شهرها بطريق القيد، ويتم التصوير والحفظ وغير ذلك من الإجراءات طبقاً للائحة التنفيذية لقانون تنظيم الشهر العقاري المنصوص عليها في المادة ٨ من هذا القانون (المواد٢٢ و ٢٦ و ٢٨ و ٢٩ و ٣٢ من قانون تنظيم الشهر العقاري)(1).

٢٦٤ – وجوه الاصلاح التي حققها قانون تنظيم الشهر العقاري : حقق قانون تنظيم الشهر العقاري وجوه الإصلاح التي هيأتها الظروف فيما قدمناه . ففي مرحلة الانتقال إلى إلغاء الامتيازات الأجنبية تمكن من توحيد جهات الشهر ، ثم أدمج نظام القيد في نظام الشهر، واستقصى المحررات الواجب اخضاعها للشهر فاستكمل ما نقص منها ولم يكن من قبل خاضعاً لهذا النظام . هذه وجوه إصلاح ثلاثة رئيسية حققها قانون تنظيم الشهر العقاري، نقول كلمة موجزة عن كل منها .

أولا – وحد القانون جهات الشهر ، فبعد أن كانت ثلاثاً في عهد التقنين المدني السابق وفي عهد قانون التسجيل ، إذ كان يجوز الشهر في المحاكم المختلطة والمحاكم الشرعية والمحاكم الوطنية ، ألغى القانون هذه الجهات الثلاث وأنشأ مكاتب موحدة للشهر تحت إشراف مكتب رئيسي عام . في مكاتب الشهر هذه ومأمورياتها المنتشرة في المدن والأقاليم ، تتركز الإجراءات اللازمة لشهر المحررات الواجبة الشهر . وهذا هو أهم إصلاح حققه القانون الجديد ، وبه بدأت نصوصه . ولا شك في أن توحيد جهات الشهر خطوة كبرى في طريق إدخال نظام السجل العقاري في مصر .

ويلاحظ في هذه المناسبة أن التقنين المدني الجديد لم ينسق مع قانون تنظيم الشهر العقاري، من ناحية توحيد جهات الشهر ، في مسألتين : إجراءات الإعسار وإجراءات تصفية التركة . وكان ينبغي أن يكون شهر صحيفة دوى الإعسار والأمر بتعيين المصفي التركة في مكتب الشهر لا في قلم كتاب المحكمة ، كما هي الحال في التأشير بالديون العادية على التركات وكما هي الحال في شهر حق الإرث ، فان كل هذا يتم شهره في مكاتب الشهر لا في أقلام كتاب المحاكم .

ثانياً – ضم القانون الجديد نظام التسجيل ونظام القيد في صعيد واحد ، فأصلح عيباً

(1) اذا كان الحكم لم يعتبر الطلب المقدم للشهر العقاري دليلا كاملا مكتوب على عقد البيع الذى طلبت الطاعنة القضاء بصحته ونفاذه وعلى وفائها بثمن حصتها في البيع لان هذا الطلب قد خلا من بيان شروط البيع وكيفية أداء الثمن وما إذا كان قد دفع منه شئ أو لم يدفع والالتزامات التى التزم بها كل من عاقديه ، فان الحكم لا يكون قد أخطأ في تطبيق القانون.
(جلسة ١٩٦٨/٣/٣٠ مجموعة أحكام النقض السنة ١٨ ص ٧٤٣)

وقع فيه قانون التسجيل إذا فصل هذا القانون كما رأينا نظام التسجيل عن نظام القيد الذي بقى خاضعاً لنظام التقنين المدني السابق .

وقد كان لهذا الإدماج أثر مباشر في إصلاح عيب آخر وقع فيه كل من التقنين المدني السابق وقانون التسجيل ، في شأن إخضاع الحقوق العينية العقارية التبعية لنظام واحد في الشهر . فقد كان بعض هذه الحقوق ، في التقنين المدني السابق وفي قانون التسجيل ، يخضع لنظام القيد كما ينبغي ، وبعضها — رهن الحيازة العقاري وحق امتياز بائع العقار — يخضع دون مبرر لنظام التسجيل . فلما عالج القانون الجديد الموضوع علاجاً شاملاً فعرض للتأمينات العينية العقارية في نصوص خاصة بها ولم يكتف بالإحالة فيها إلى نصوص التقنين المدني، كان من الطبيعي أن يتوجه لإصلاح هذا العيب . فنص على أخضاع جميع الحقوق العينية التبعية لنظام القيد ، ولم يكن معقولا أن يستثنى منها أى حق . بل إنه زاد على ذلك، فأوجب قيد التأمينات السابقة على العمل به والتي كانت تخضع لنظام التسجيل، فأصبحت هذه التأمينات خاضعة للقيد شأنها في ذلك شأن سائر التأمينات . وأصبح من الواجب تجديد قيدها كل عشر سنوات ، وبذلك يسر لأصحاب الشأن البحث عما يثقل العقار من تأمينات فلا يذهبون في ذلك إلى أبعد من عشر سنوات .

ثالثاً : استقصى القانون الجديد المحررات الواجب إخضاعها للشهر ، فلم يترك ثغرات كتلك التي تركها قانون التسجيل .

فالتصرف الصادر من جانب واحد كالوقف والتصرف الناقل للملك بسبب الموت وهو الوصية ، أخضعها للشهر بعموم النص أولا ثم بالنص عليها خاصة . وأضاف إليهما الإرث ، وهو وإن كان واقعة مادية من أوسع الأسباب انتشاراً في نقل الملك وعدم شهره يحدث ثغرة كبيرة في نظام الشهر .

هذا إلى أن القرارات الإدارية الناقلة للملك أصبحت هي خاضعة للشهر لدخولها في عموم نص المادة التاسعة ، فهي تصرفات من شأنها نقل حق الملكية العقارية ، فوجب أن تكون خاضعة لنظام التسجيل . فمراسيم نزع الملكية للمنفعة العامة ، ومراسيم تقسيم الأراضي الصادرة بناء على القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٤٠ ، وقرارات توزيع طرح البحر، وقرارات ردم البرك والمستنقعات ، والإذن باحياء الأرض الموات ، كل هذه تصرفات إدارية يجب تسجيلها [1] .

وإلى جانب ذلك سد القانون الجديد نقصاً ملحوظاً في استقصاء المحررات الواجبة

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون الشهر بند ١٨ — وانظر الدكتور محمود شوقي «الشهر العقاري علماً وعملاً» ص ٣٩٨ ص ٣٩٩ — ولم تكن هذه التصرفات الإدارية واجبة التسجيل قبل قانون سنة ١٩٤٦ م فمن ملك بتصرف إداري صدر قبل العمل بقانون الشهر يستطيع دون أن يسجل هذا التصرف، أن يشفع بما ملك (نقض مدني ١٠ أبريل سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٣١ ص ٩٠٢) .

الشهر في محررات ثلاثة : دعوى صحة التعاقد والدعوى البولصية والحوالة بأكثر من أجرة ثلاث سنوات مقدماً[1] وقد سبقت الإشارة إلى كل ذلك [2] .

وغني عن البيان أن القانون الجديد، مع تحقيقه لوجوه الإصلاح المتقدمة الذكر، احتفظ في الوقت ذاته بالمزايا التي حققها قانون التسجيل. ففرض إجراءات دقيقة للتحري عن صحة المحررات، بل هو قد سار في هذا الطريق شوطاً أبعد من قانون التسجيل وحسم الخلاف في شأن العقود الكاشفة، وجعل التسجيل في التصرفات المنشئة ضرورياً لنقل الحق العيني لا في حق الغير فحسب بل أيضاً فيما بين المتعاقدين، وغير ذلك من المزايا التي سبق بيانها .

٢٦٥ – ما بقي دون علاج من العيوب : على أن هناك عيبين جوهريين باقيين في نظام الشهر، لم يستطع قانون تنظيم الشهر العقاري معالجتهما. فلا يزال النظام نظاماً شخصياً بحسب الأسماء لا بحسب العقار، ولا يزال الشهر ليست له حجية كاملة في ذاته.

وما كان قانون تنظيم الشهر العقاري يستطيع معالجة هذين العيبين ، فان العلاج الوحيد لهما هو إدخال نظام السجل العقاري في مصر ، وإدخال هذا النظام لن يكون إلا على سبيل التدرج لتفتت الأراضي وانتشار الملكيات الصغيرة في أرجاء مصر منذ أمد بعيد[3] .

(١) وكان إجماع الفقه والقضاء في عهد قانون التسجيل وجوب تسجيل الحوالة بأكثر من أجرة ثلاث سنوات مقدماً ، وإن لم يرد بها النص كما ورد في قانون الشهر العقاري، وذلك قياساً على المخالصة بأكثر من أجرة ثلاث سنوات مقدماً .

(٢) أما في دعوى الشفعة ، فليس واجبا شهر الإنذار الرسمي الذي يوجهه البائع أو المشتري إلى الشفيع. ولكن يجب تسجيل إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة (م ١/٩٤٢ مدني) ، فلا يسري في حق الشفيع أي رهن رسمي أو أي حق اختصاص أخذ ضد المشتري ولا أي بيع صدر من المشتري، ولا أي حق عيني رتبه أو ترتب ضده إذا كان ذلك قد تم بعد التاريخ الذي سجل فيه إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة ، ويبقى مع ذلك للدائنين المقيدين ما كان لهم من حقوق الأولوية فيما آل للمشتري من ثمن العقار (م ٩٤٧ مدني) . ولا تخضع عريضة دعوى الشفعة للشهر ، والحكم بالشفعة يجب تسجيله (م ٩٤٤ مدني) ويؤشر به على هامش تسجيل إعلان الرغبة وعلى هامش تسجيل البيع الأصلي إذا كان هذا البيع قد سجل .

(٣) وتقول المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون تنظيم الشهر العقاري : «غير مستطاع إدخال نظام السجلات العينية وتطبيقه إلا على سبيل التدرج ، إذ من جانب لم تتم إعادة مساحة البلاد جميعها . وحتى في المناطق التي تمت فيها المساحة الحديثة وهي تبلغ نصف مساحة البلاد تقريبا ، لن يستطاع إدخال هذا النظام عليها دفعة واحدة بسبب عدم دقة البيانات الخاصة بالملكية والحقوق العينية . ولذلك فالمفروض البدء بتطبيق هذا النظام في مناطق محصورة الواحدة تلو الأخرى ، ومؤدى هذا أن بقية المناطق يظل يعمل فيها بنظام التسجيل الشخصي . ولذلك وجبت المبادرة إلى معالجة العيوب التي أسفر عنها العمل واستكمال وجوه النقص ، ليتيسر تطبيق النظام الجديد عليها» (المذكرة الإيضاحية بند ٩) .

٢ – تطبيق نظام التسجيل على عقد البيع خاصة

٢٦٦ – عهدان : ونقصر الآن بحثنا على تطبيق نظام التسجيل على عقد البيع خاصة، وهو الموضوع الذى نعالجه فى هذا الجزء من الوسيط . ونطبق أحكام التسجيل على عقد البيع من الناحية الموضوعية دون ناحية الاجراءات ، فقد سبق أن تناولنا ناحية الاجراءات بوجه عام ودخل فيها عقد البيع كسائر التصرفات .

ويجب أن نميز بين عهدين : (أولا) عهد التقنين المدنى السابق (ثانيا) عهد قانون التسجيل وقانون تنظيم الشهر العقارى ، فان أحكام التسجيل بالنسبة إلى عقد البيع واحدة فى هذين القانونين .

أولا : عهد التقنين المدنى السابق

٢٦٧ – التمييز بين انتقال الملكية فيما بين المتعاقدين وانتقالها بالنسبة إلى الغير: التمييز الجوهرى الذى يبرز فى عهد التقنين المدنى السابق، من حيث أثر أحكام التسجيل فى عقد البيع ، هو التمييز بين انتقال الملكية فيما بين المتعاقدين حيث يتم ذلك دون حاجة إلى تسجيل عقد البيع ، وانتقالها بالنسبة إلى الغير حيث لا يتم ذلك إلا بالتسجيل .

٢٦٨ – انتقال الملكية فيما بين المتعاقدين لا حاجة فى إلى التسجيل – التنازع بين المشترى من المورث والمشترى من الوارث : تنتقل الملكية فيما بين البائع والمشترى بعقد البيع ولو لم يسجل [١] وكذلك تنتقل الملكية بالبيع غير المسجل فى حق الدائنين العاديين لكل من البائع والمشترى ، فلا يستطيع دائنو البائع التنفيذ على العقار المبيع وهذا مع الاحتفاظ بحق الطعن فى البيع بالدعوى البولصية ، وعلى العكس من ذلك يستطيع دائنو المشترى التنفيذ على العقار الذى أصبح ملكاً لمدينهم . وتنتقل الملكية كذلك بالبيع غير المسجل فى حق ورثة كل من البائع والمشترى ، فاذا مات البائع قبل تسجيل العقد لم تنتقل ملكية العقار إلى ورثته بالميراث لأنه خرج عن ملكه ، وعلى العكس من ذلك تنتقل ملكية العقار إلى ورثة المشترى إذا مات ولو قبل تسجيل العقد لأن ملكية العقار قد انتقلت إليه بالبيع.

(١) استئناف مختلط ٢٦ ديسمبر سنة ١٨٩٥ م ٨ ص ٢١٠ – ٢١ ديسمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٦٨ – وغنى عن البيان أنه يشترط لانتقال الملكية إلى المشترى أن يكون البائع مالكا للعقار، فإذا لم يكن مالكا له وكان المشترى حسن النية ، فإن هذا الأخير يملك العقار بالتقادم الخمسى ولو كان عقد البيع غير مسجل فى العهد الذى نحن بصدده . وإذا اشترى شخصان من بائعين مختلفين ، فالذى اشترى من المالك هو الذى يفضل ولو لم يسجل عقده (استئناف مختلط ٢٣ مارس سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٢٣٥).

ويترتب على أن البائع إذا مات قبل تسجيل البيع لم تنتقل ملكية العقار إلى وارثه، أن المشترى هو الذى يكون مالكاً بالنسبة إلى هذا الوارث . فاذا باع الوارث العقار فانه يكون قد باع ما لا يملك ، فلا تنتقل الملكية إلى المشترى منه ولو سجل هذا عقد شرائه [١] . ونرى من ذلك أن المشترى من الوارث إذا نازع المشترى من المورث ، فان المشترى من المورث هو الذى يفضل ولو سجل المشترى من الوارث عقده قبل أن يسجل المشترى من المورث [٢] . وكان هناك ، فى عهد التقنين المدنى السابق ، رأى آخر يذهب إلى أن المشترى من الوارث إذا سجل قبل المشترى من المورث يفضل عليه ، قياساً على ما جاء فى المادة ٧٤٥/٦١٨ من أن المشترى من الموصى له إذا سجل قبل المشترى من الموصى يفضل عليه وحق الوارث أقوى من حق الموصى له . وهذا الرأى قد أخذ به بعض المحاكم وكثير من الفقهاء [٣] .

٢٦٩ – انتقال الملكية بالنسبة إلى الغير لا يكون الا بالتسجيل : ونبدأ أولا بتحديد من

(١) وقد رأينا – أنظر الحاشية مسابقة – أنه إذا اشترى شخص عقاراً من المالك الحقيقى، فضل على المشترى من غير المالك ، ولو لم يسجل الأول عقده وسُجل الثانى .

(٢) وهذا الحكم يتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية التى تقضى بأن الوارث لا يستمر شخصية مورثه (الأستاذ محمد حلمى عيسى فقرة ١١٨٥ – الأستاذ محمد كامل مرسى فى شهر التصرفات معينية ص ٢٠٥ والأحكام التى أشار إليها فى هامش رقم ٥ – وانظر استئناف مصر ١٨ يونيه سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية ٣٣ رقم ٢/١٤٢ ص ٣٦٤ – محكمة الإسكندرية الوطنية ٢٧ يوليه سنة ١٩١٨ المجموعة الرسمية ١٩ رقم ٩٢) .

(٣) استئناف وطنى ١٠ مارس سنة ١٩١٤ الشرائع ١ رقم ٢٣٤ – ١٠ مايو سنة ١٩٢١ المجموعة الرسمية ٢٤ رقم ١٧ – الأستاذ لامبير فى مجلة مصر المعاصرة سنة ١٩١٣ ص ٢٠٨ – ص ٢١٢ – الأستاذ شلدون إيموس فى مجلة مصر المعاصرة سنة ١٩١٣ ص ٢١٢ – ص ٢١٨ – الأستاذ مونييه فى مجلة مصر المعاصرة سنة ١٩١٣ ص ٢١٩ – ص ٢٣٤ – الأستاذ على زكي العرابى فى مركز الوارث فى الشريعة الإسلامية ونتائجه فى القانون ص ٣٧ – ص ٤٤ الأستاذان أحمد نجيب الهلالى وحامد زكي فقرة ٢٦١ – وأصحاب هذا الرأى لا يذهبون إلى أن الوارث يستمر شخصية المورث فإن هذا يخالف أحكام الشريعة الإسلامية ، ولكنهم يستندون إلى أحكام التسجيل كما هى مقررة فى التقنين المدنى السابق ، فالوارث انتقلت إليه الملكية بالأرث والملكية الأيلة بالإرث تثبت فى حق كل إنسان بثبوت الوراثة، فيفضل المشترى من الوارث إذا كان أسبق تسجيلا من المشترى من المورث .

وهناك رأى ثالث يفضل كذلك المشترى من الوارث الأسبق فى التسجيل ، ولكن هذا الرأى يستند فى ذلك إلى أن الوارث يستمر شخصية المورث، وإلى أن القاعدة التى تقضى بألا تركة إلا بعد سداد الديون فى الشريعة الإسلامية لا يقصد بها أن تظل التركة معلقة حتى الوفاء بديون المورث ، بل المقصود هو جعل كل وارث مسئولا عن ديون التركة بنسبة ما آل اليه منها (الأستاذ أحمد عبداللطف والأستاذ عزيز كحيل المحاماة ٣ عدد ٣ – استئناف مختلط ٢ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٨٦) .

أنظر فى عرض هذه الآراء الثلاثة الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٨٤ ص ٢٢١ – ص ٢٢٢ – الأستاذ محمد على إمام فقرة ١٥٩ – الأستاذ عبدالمنعم البدراوى فقرة ٢٢٠ .

هو الغير . يخلص من النصوص التى وردت فى التقنين المدنى السابق أنه يشترط فى الغير شروط ثلاثة :

(١) أن يثبت له على العقار المبيع حق عينى بعوض . فالمشترى الثانى لعقار سبق أن بيع لمشتر أول ثبت له حق عينى – وهو حق الملكية – على هذا العقار بعوض، فيعتبر من الغير. وكذلك يعتبر من الغير الدائن المرتهن ، إذ ثبت له حق رهن على العقار المبيع فى مقابل دينه [١] . ومثله من يثبت له حق انتفاع أو حق ارتفاق بعوض على العقار المبيع . أما من ثبت له حق عينى بغير عوض ، كالموهوب له والموصى له ، فلا يعتبر من الغير ، ويسرى فى حقه البيع ولو لم يسجل . فاذا باع شخص عقاراً مملوكاً له ، وقبل أن يسجل المشترى العقد ، وهب البائع العقار لشخص آخر وسجل الموهوب له الهبة ، فان المشترى هو الذى يقدم ولو لم يسجل . ذلك أن البيع غير المسجل نقل ملكية العقار إلى المشترى فى حق الموهوب له ولو سجل عقد الهبة ، إذ الموهوب له ليس من الغير فيسرى العقد غير المسجل فى حقه . لكن إذا بادر الموهوب له وباع العقار إلى مشتر سجل البيع قبل أن يسجل المشترى الأول عقده ، فان المشترى من الموهوب له يعتبر من الغير ويقدم على المشترى الذى سجل بعده. وهذا هو الحكم أيضاً فيما إذا أوصى بائع العقار ومات قبل أن يسجل المشترى عقده، فان المشترى يفضل على الموصى له ، ولكن إذا بادر الموصى له إلى بيع العقار وسجل المشترى من الموصى له عقده قبل أن يسجل المشترى الأول ، اعتبر المشترى من الموصى له غيرا وفضل على المشترى من الموصى .

(٢) أن يكون هذا الحق العينى الثابت على العقار مبنياً على سبب صحيح محفوظ قانوناً . ويتوافر هذا الشرط بأن يكون لهذا الحق العينى مصدر هو تصرف قانونى ناقل للملكية، ويكون لهذا التصرف إجراءات مقررة لحفظه قانوناً فيقوم صاحب الحق بهذه الإجراءات . فلا يكفى لاعتبار المشترى الثانى للعقار أو الدائن المرتهن غير أن يتم البيع أو الرهن، بل يجب أيضاً على المشترى الثانى أن يسجل عقد البيع الصادر له وعلى الدائن المرتهن أن يقيد عقد الرهن حتى يمكن اعتبارهما من الغير . فاذا حفظ كل منهما حقه على هذا الوجه المطلوب قانونا ، لم يجز للمشترى الأول أن يحتج عليهما بعقده إذا كان هذا العقد لم يسجل أو سجل بعد ذلك .

(١) ومثل الدائن المرتهن الدائن الذى له حق اختصاص ، فإذا قيد الاختصاص تقدم صاحبه على مشتر من المدين لم يسجل عقد شرائه حتى لو كان عقد المدين نفسه غير مسجل (استئناف مختلط ٢٣ مارس سنة ١٩١٥م ٣٧ ص ٢٣٥) . ويقدم دائن البائع الذى قيد دينه قبل تسجيل البيع وقبل قيد حق اختصاص لدائن المشترى (استئناف مختلط ٢ ديسمبر سنة ١٩١٩م ٣٢ ص ٣٨ – ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ١١٨) .

(٣) أن يكون صاحب الحق العينى المحفوظ قانونا حسن النية [١] . ومعنى أنه حسن النية هو أن يكون، على الرأى الراجح، غير عالم بالتصرف السابق صدوره من مالك العقار. فمجرد العلم بسبق هذا التصرف يجعل صاحب الحق العينى سيئ النية، فيفضل عليه من تصرف له المالك أولا ولو لم يكن قد سجل عقده، بشرط أن يكون لهذا العقد الأول تاريخ ثابت سابق على تاريخ العقد الثانى [٢] . وهناك رأى آخر يذهب إلى أنه حتى يكون المشترى سيئ النية لا يكفى علمه بسبق التصرف ، بل يجب أيضاً أن يكون هناك تواطؤ بينه وبين البائع [٣] . ولكن هذا الرأى لا يتفق مع النصوص، ففى النص العربى للمادة ٣٤١/٢٧٠

(١) استئناف مختلط ٥ مارس سنة ١٩٥٢ م ١٤ ص ١٦٨ .

(٢) ويستند هذا الرأى إلى صريح نص المادة ٣٤١/٢٧٠ مدنى، وإلى أن المشترى الثانى الذى يعلم بالتصرف السابق يكون قد علم أن البائع يتصرف فى عقار مملوك للغير فيكون عقد البيع الصادر إليه سبباً معيباً والمادة ٣٤١/٢٧٠ تشترط فى الغير أن يكون حقه مبنياً على سبب صحيح، وإلى أن هذا هو الرأى السائد فى بلجيكا مع أن القانون البلجيكى اختصر على اشتراط عدم الغش ولم يذهب إلى حد اشتراط حسن النية ، ولأنه لا يمكن الاحتجاج بالرأى السائد فى فرنسا الذى يشترط التواطؤ لأن نص القانون الفرنسى لا يشترط حسن النية فى المشترى الثانى بل يكتفى بأسبقيته فى تسجيل عقده، وإلى أن القومسيون الدولى الذى عقد فى سنة ١٩٠٤ لإدخال نظام السجل العقارى فى مصر اقترح أن ينص على أن مجرد علم المشترى الثانى بالتصرف الأول لا يكفى لاعتباره سيئ النية ولكن هذا الاقتراح قد رفض (انظر الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٨١ ص ٢٩ – ص ٢١٠ – والتون ، ص ٤٢ – تقرير لجنة القومسيون الدولى ص ١٧ وتقرير اللجنة الفرعية ص ١٤) .

وانظر من هذا الرأى : دى هلتس ٤ بيع فقرة ١٢٩ – والتون ٢ ص ٤٣ – الأستاذين أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ٢٥٦ – استئناف وطنى ٤ مايو سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٤ ص ٥٢٦ – ١٤ مايو سنة ١٩٢٣ المحاماة ٤ رقم ٢٦ – استئناف مختلط ٢٨ ديسمبر سنة ١٨٩٩ م ١٢ ص ٥٧ – ١٩ مارس سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٠٣ – ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٠٤ م ١٧ ص ٢٥ – ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٠٦ م ١٩ ص ٢٥ – ١٣ يناير سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ١٢١ .

(٣) أنظر إلى أسانيد هذا الرأى منقولة فى كتاب البيع للأستاذين أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى ص ٢٤٩ هامش ١ – ويستند هذا الرأى إلى الرأى السائد فى فرنسا وقد سبقت الإشارة إليه ، وإلى أن مسألة العلم بالبيع الأول مسألة العلم بالبيع الأول مسألة نفسية يصعب التأكد منها فالأخذ بها يزعزع الثقة فى المعاملات العقارية ، وإلى أن التسجيل حتى يكون نظاماً مفيداً يجب أن يكون فى ذاته قرينة على العلم وأن يكون انتفاؤه قرينة على عدم العلم فلا يجوز إثبات علم المشترى الثانى بتصرف سابق لم يسجل إلا إذا أريد إثبات تواطئة مع البائع .

وانظر من هذا الرأى كاديمينوس فى مجلة مصر المعاصرة ١٩١٩ ص ٤٠٣ – تستو ص ٦٣ – جرانمولان فى التأمينات فقرة ٨٨٦ – الأستاذ محمد حلمى عيسى فقرة ١١٧٣ – محكمة مصر الوطنية ٢١ يناير سنة ١٨٩٩ المجموعة الرسمية ٢ ص٢٤ – استئناف مختلط ١٢ يناير سنة١٩٠٨ م ٢٠ ص ٨٩ – ٥ يناير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٥٤ – ٦ مايو سنة ١٩١٣ م٢٥ ص ٣٦٥ – ٢٩ يناير سنة١٩١٤ م ٢٦ ص١٩٤ – ٢٣ أبريل سنة١٩١٤ م ٢٦ ص٣٤٣ – ٢ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٤٢ – ١٧ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٦٨ – ٨ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٠٥ – ٤ يناير سنة١٩١٨م ٣٠ ص ٤٥٨ – ١٨ ديسمبر سنة١٩١٩ م ٣٢ ص ٧٧ – ١٠ فبراير =

يعتبر من الغير من كانت حقوقهم مبنية على سبب صحيح محفوظة قانوناً «وكانوا لا يعلمون ما يضر بها» ، وترجمة هذه العبارة الأخيرة في النص الفرنسي للمادة هي "qui sont de bonne foi" . وكلتا العبارتين العربية والفرنسية لا تستلزم إلا حسن النية ، وحسن النية ينتفى قطعاً بعلم المشترى الثاني بسبق صدور التصرف دون حاجة إلى التواطؤ .

فاذا فرضنا أن شخصاً باع عقاراً لمشتر أول، ثم باعه مرة أخرى لمشتر ثان ، وتوافرت الشروط الثلاثة المتقدمة الذكر فى المشترى الثاني، لم يسر فى حقه البيع الأول إلا إذا كان مسجلا قبل أن يسجل عقده. ولكن يجب أن يكون كل من المشترين قد اشترى من المالك الحقيقى، فاذا اشترى أحدهما من غير المالك الحقيقى وسجل فضل عليه المشترى من المالك الحقيقى ولو لم يسجل وقس على ذلك سائر أصحاب الحقوق العينية[١] . وإذا صدر عقدان متواليان من مالك واحد ولم يسجل أيهما. فالعقد الأسبق هو الذى يفضل[٢](1) .

=سنة ١٩٢٥م ٣٧٤ ص ٢١ – ٢٤ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٥٠٩ .

وهناك رأى ثالث لا يكتفى بالعلم بالتصرف السابق ، بل ولا بالتواطؤ ، فيصبح تسجيل المشترى الثانى إذا تم أولا مهما كان هذا المشترى الثانى سيئ النية ومهما كان متواطئاً ، ما لم يكن عقد البيع الصادر إليه عقداً صورياً ، فعندئذ لا يكون للعقد وجود ولو سجل (استئناف مختلط ٣٠ أبريل سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ١٠٦ – ١٩ فبراير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١٢١ – ١٢ يناير سنة ١٨٩٨م ١٠ ص ٩٥) . ولكن هذا الرأى ما لبث أن هجر ، إذ ان المشرع لم يكن فى حاجة إلى النص على عدم الاعتداد بالعقد الصورى (نقض مدنى ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٨٩٠ ص ٢٢٠ – ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٤٣ مجموعة عم ٤ رقم ٨٨ ص ٢٣٤ – ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٤٩ المحاماة ٣٠ رقم ٤٣٣ ص ٩٧٠ – استئناف مختلط ٢٤ يناير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٣٥ – الأستاذان أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى ص ٢٤٩ هامش ١ – الأستاذ محمد على إمام فقرة ١٥٧ ص ٢٣٦ – ص ٢٣٧).

(١) استئناف مختلط ١٣ مايو سنة ١٨٩٠م ٢ ص ١٢٦ – ٦ مايو سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٣٣٢ – ٣١ يناير سنة ١٨٩٤م ٦ ص ١٣٠ – ٢٨ فبراير سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ١٦٩ – ٣٠ مايو سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٣٠٩ – ٢٦ يناير سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ١١٣ – ويلاحظ أن المشترى من غير مالك قد يكسب الملكية بالتقادم الخمسى إذا كان حسن النية ولو لم يسجل عقده ، وبذلك يفضل على المشترى من المالك الحقيقى ولو سجل هذا عقده . أما إذا اشترى كل منهما من المالك الحقيقى، فالعبرة بالتسجيل فى تفضيل أحدهما على الآخر ، فمن سجل أولا فضل ولو كان الآخر حسن النية وحاز العقار خمس سنوات ، إذ أن محل تطبيق التقادم الخمسى أن يكون الحائز قد اشترى من غير مالك .

ولو باع شخص عقاراً ، وقبل أن يسجل المشترى باع البائع العقار مرة أخرى لمشتر ثان : كانت المفاضلة بين المشتريين بالتسجيل . أما إذا صدر البيع الثانى بعد تسجيل البيع الأول ، كان البيع الثانى صادراً من غير مالك ولو بالنسبة إلى الغير ، فلو حاز المشترى الثانى العقار وهو حسن النية خمس سنوات تملكه بالتقادم الخمسى ولو لم يسجل عقده ، وفضل على المشترى الأول الذى سجل عقده.

(٢) استئناف مختلط ١٢ مايو سنة ١١٩٢ م ٢٤ ص ٣٥٤ .

(1) المقرر فى قضاء محكمة النقض أن عقد البيع العرفى لا ينقل إلى المشترى ملكية العقار المباع إلا بالتسجيل فاذا لم يسجل المشترى عقد شرائه بقى العقار على ملك البائع، ويكون له أن يبيعه لمشتر =

ويتفق فى بعض الأحيان أن مشترى العقار لا يسجل البيع ، ويبيع العقار لمشتر ثان ويسجل المشترى الثانى . فاذا باع البائع العقار مرة أخرى لمشتر سجل عقده، فهل يفضل فى هذه الحالة المشترى الأسبق تسجيلا؟ لو أن المشترى من المشترى الأول سجل البيع الصادر للمشترى الأول من مالك العقار قبل أن يسجل المشترى الآخر من المالك عقده ، فلا شك أن المشترى من المشترى الأول يفضل . ولكن المفروض أن المشترى من المشترى الأول لم يسجل إلا البيع الصادر له من المشترى الأول دون البيع الصادر من المالك إلى المشترى الأول. فلو طبقنا القواعد العامة فى التسجيل ، لوجب القول بأن المشترى الآخر وقد سجل عقده يفضل على المشترى الأول من المالك الذى لم يسجل ، فيفضل من باب أولى على المشترى من المشترى الأول ولو سجل عقده . ولكن المادة ٧٤٦/٦١٩ من التقنين المدنى السابق تنص على أنه «فى حالة تعدد عقود انتقال الملكية بين عدة ملاك متوالين يكتفى بتسجيل العقد الأخير منها» [١]. ويؤخذ من هذا النص أنه فى الفرض المتقدم يفضل المشترى من المشترى الأول إذا سجل عقده أولا»[٢] (1).

= آخر، إلا أنه فى هذه الحالة لا يكون ثمة محل للمفاضلة بين البيع الأول والبيع الثانى ، وذلك بسبب تعادل سندات المشترين ومن مقتضى ذلك أنه إذا تسلم أحدهما العقار من البائع تنفيذاً للالتزامات الشخصية التى يرتبها العقد بينهما لا يجوز معه نزع العين من تحت يده وتسليمها إلى المشترى الآخر إلا بعد تسجيل عقده وثبوت أفضلية له بذلك .

(جلسة ١٩٩٠/١٢/٢٠ الطعن ٢٦٨٧ لسنة ٥٩ ق)

(جلسة ١٩٩٠/١٢/١٣ الطعن ٢٠٩٢ لسنة ٥٩ ق)

(جلسة ١٩٩٠/٣/١٥ الطعن ١٤١٠ لسنة ٥٤)

(جلسة ١٩٨٣/٣/١٧ س ٣٤ ص ٧٠٣)

(١) على أن المادة ٧٦٥/٦٣٥ – ٧٦٦ من التقنين المدنى السابق توجب على كاتب المحكمة أن يؤشر من تلقاء نفسه بأسماء المتعاقدين السابقين الذين لم تسجل عقودهم ، وذلك حتى يمكن للغير أن يعلم بتصرفهم فى العقار .

(٢) هالتون ص ٣٤١ – جرانمولان فى التأمينات فقرة ٨٨١ – الأستاذان أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ٢٦٢ (وانظر بوجه خاص ص ٢٦٠ هامش ١ حيث يبينان وجوه انتقاد الحل الذى أخذ به النص) .

(1) تنص المادة التاسعة من قانون تنظيم الشهر العقارى رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ على وجوب شهر جميع التصرفات المنشئة للحقوق العينة العقارية الأصلية ورتب على عدم الشهر ألا تنشأ هذه الحقوق ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول لا بين ذوى الشأن ولا بالنسبة للغير ، وإذ جاء هذا النص – أسوة بنص المادة الأولى من قانون التسجيل لسنة ١٩٢٣ المقابل له . لو مما يجيز ابطال الشهر إذا شابه تدليس أو تواطؤ فان مفاد ذلك –على ما جرى به قضاء محكمة النقض– هو اجراء المفاضلة عند تزاحم المشترين في شأن عقار واحد على أساس الأسبقية في الشهر ولو نسب إلى المشترى الذى بادر بالشهر التدليس أو التواطؤ مع البائع طالما أنه قد تعاقد مع مالك حقيقى لا يشوب سند ملكيته عيب يبطله ، ولا يغير من ذلك أن يكن صاحب التسجيل اللاحق قد حصل على أسبقية فى تقديم طلبه لجهة الشهر إذ أن =

ثانياً : عهد قانون التسجيل وقانون تنظيم الشهر العقارى

٢٧٠ – التمييز بين حكم البيع قبل أن يسجل وحكمه بعد التسجيل: أما فى عهد قانون التسجيل وقانون تنظيم الشهر العقارى، فليس التمييز الجوهرى هو التمييز بين انتقال الملكية فيما بين المتعاقدين وانتقالها بالنسبة إلى الغير كما كان الأمر فى عهد التقنين المدنى السابق، ففى كلتا الحالتين لا تنتقل الملكية إلا بالتسجيل. ولكن التمييز الذى يبرز فى العهد الذى نحن فيه هو التمييز بين حكم البيع قبل أن يسجل وحكمه بعد التسجيل.

أ – حكم البيع قبل أن يسجل

٢٧١ – البيع غير المسجل لا ينقل الملكية بالنسبة إلى الغير ولا فيما بين المتعاقدين – التنازع بين المشترى من المورث والمشترى من الوارث[1]: لا ينقل البيع غير المسجل الملكية بالنسبة إلى الغير ، وليس فى هذا جديد فقد كان البيع غير المسجل فى عهد التقنين المدنى السابق لا ينقل هو أيضاً الملكية بالنسبة إلى الغير. ولا ينقل البيع غير المسجل الملكية فيما بين المتعاقدين أيضاً ، وهذا هو الجديد[2]، فقد كان البيع غير المسجل فى عهد

=مجرد الأسبقية فى تقديم الطلب لا تنال من الآثار القانونية المترتبة لصاحب التسجيل السابق . ولا يغير من هذا النظر القول بأن التسجيل السابق كان نتيجة غش أو تواطؤ بين من تم التسجيل لصالحه وبين الموظف الذى أجراه بمصلحة الشهر العقارى بعدم مراعاته للمواعيد والاجراءات التى تقضى بها المادة ٣٣ من قانون الشهر العقارى ذلك أن ما انتظمه هذا النص لا يعدو أن يكون بيانا للقواعد الإدارية المحددة للاجراءات والمواعيد الواجبة على مأموريات الشهر العقارى اتباعها عند بحث الطلبات أو مشروعات المحررات المقدمة للشهر بشأن عقار واحد واذ لم يرتب المشرع بطلان الشهر على مخالفته فإن الأفضلية تكون عند سبق تسجيل التصرف الصادر له ولو كان هو صاحب الطلب اللاحق وليس لصاحب الطلب السابق إن صح ما يدعيه من أن هذه المخالفة كانت نتيجة غش أو تواطؤ سوى طلب التعويض يوجهه إلى موظف الشهر العقارى ومن تواطأ معه إذا كان لطلبه محل.

(جلسة ١٩٦٦/٢/١٥ الطعن ٢١٣ لسنة ٣١ ق س ١٧ ص ٢٩٥)

(جلسة ١٩٦٦/١١/١ الطعن ٧٣ لسنة ٣٢ ق س ١٧ ص ١٦٠٥)

(1) المعول عليه هو الأخذ بنظرية الشريعة الإسلامية من اعتبار شخصية الوارث مغايرة لشخصية المورث ولذلك فلا محل للمفاضلة بين البيع الذى يصدر من المورث والبيع الذى يصدر من الوارث لصدورها من شخصين مختلفين وتكون العبرة بتصرف المالك الحقيقى إذ يكون العقد الصادر من هذا المالك هو العقد الصحيح .

(جلسة ١٩٥٦/٦/٢٨ الطعن ٧ لسنة ٢٣ ق س ٧ ص ٧٩٤)

(2) المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن البيع الصادر من المورث لا ينقل إلى المشترى ملكية العقار المباع إلا بالتسجيل، فإذا لم يسجل المشترى عقد شرائه بقى العقار على ملك المورث وانتقل إلى ورثته من بعده بسبب الأرث ويكون للوارث، كما كان لمورثه ، أن يبيع العقار لمشتر آخر، إلا أنه فى هذه الحالة لا يكون ثمة محل للمفاضلة بين البيع الصادر من المورث والبيع الذى يصدر من الوارث وذلك بسبب=

التقنين المدنى السابق ينقل الملكية فيما بين المتعاقدين كما سبق القول[1] . فتجريد البيع غير المسجل من أثر نقل الملكية فيما بين المتعاقدين كان السياسة التشريعية المرسومة لكل من قانون التسجيل وقانون تنظيم الشهر العقارى ، بقصد تقوية أثر التسجيل وحمل الناس على المبادرة إلى تسجيل عقودهم .

ويترتب على ذلك أن المشترى لا يصبح مالكاً للعين المبيعة ما دام البيع لم يسجل، ومن ثم لا يستطيع أن يرفع على البائع دعوى استحقاق يطالب فيها بتثبيت ملكيته على العين المبيعة، وإن كان يستطيع كما سنرى أن يرفع على البائع دعوى صحة التعاقد أو دعوى صحة التوقيع . وقد قضت محكمة النقض فى عهد قانون التسجيل بأن هذا القانون قد عدل حكم المادة٢٦٦ من التقنين المدنى السابق فيما يتعلق بنقل الملكية، فبعد أن كان نقلها بمقتضى هذه المادة نتيجة لازمة للبيع الصحيح بمجرد عقده، أصبح متراخياً إلى ما بعد حصول التسجيل. وإذن فلا يصح للمشترى–ما دام لم يسجل عقده– أن يطلب الحكم بتثبيت ملكيته لما اشتراه، وإنما له أن يطالب البائع أو ورثته من بعده بالالتزامات الشخصية التى يرتبها العقد كتسليم المبيع وريعه وغير ذلك. فاذا هو طالب قبل التسجيل بتثبيت الملكية وتسليم المبيع وريعه وقضى له بذلك، تعين نقض الحكم فيما

= تعادل سندات المشترين ، ومن مقتضى ذلك أنه إذا كان أحد المشترين قد استلم العقار المباع من البائع له ، فإنه لا يجوز بعد ذلك نزعه من تحت يده وتسليمه إلى المشترى الآخر إلا بعد تسجيل عقده وثبوت أفضلية له بذلك ، وأن مناط الحجية المانعة من اعادة طرح النزاع فى ذات المسألة المقضى فيها أن يكون الحكم قد قطع فى مسألة أساسية بعد أن ناقش فيها الطرفان واستقرت حقيقتها بينهما استقرار يمنع من اعادة طرحها ومناقشتها والبت فيها بحكم جديد ومن ثم فإن ما لم تنظره المحكمة بالفعل لا يكون موضوعا لحكم حائز قوة الأمر المقضى فيه ، لما كان ذلك وكان الثابت من الاوراق أنه لا خلاف بين طرف الخصومة على أن الطاعن الاول هو واضع اليد على المساحة موضوع التداعى والحائز لها، مكان الطاعن الأول قد تمسك فى دفاعه امام درجتى التقاضى بأنه يضع اليد على عين النزاع نفاذا لعقد شرائه من ..... من المرحومة .... احدى ورثة المالك الأصلى .... فان الحكم المطعون فيه اذ قضى بتسليمها إلى المطعون عليه على سند من أن عقد الطاعن الأول المؤرخ ١٩٧٥/٣/٦ صادر من غير مالك أخذا بحجة الحكم الصادر فى الدعوى ...... واستئنافها رقم .... ورغم ان هذا الحكم لم يفصل فى ملكية البائعة لهذه المساحة ولم يتعرض لبحثها وانما قضى برفض دعواها بطلب أحقيتها فيها تأسيساً على التزامها بضمان عدم التعرض فى البيع الصادر من مورثها بالعقد المؤرخ ١٩٦٦/٢/١٨ يكون معيبا بما يستوجب نقضه .

(جلسة ١٩٩١/٦/٩ الطعن ٣٤٢٠ لسنة ٦٠ ق)

(١) ومن ثم إذا كان عقد البيع له تاريخ ثابت سابق على تاريخ العمل بقانون التسجيل، فإنه ينقل من غير تسجيل الملكية فيما المتعاقدين (نقض مدنى ١١ مايو سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٢٢ ص ٤٨٤) .

يتعلق بتثبيت الملك لرفع الدعوى قبل استيفاء شروطها [(١)]. ويبقى البائع مالكا للمبيع[(٢)]، ولكنه مع ذلك يلتزم بتسليمه للمشترى، وإذا سلمه لا يستطيع استرداده بالرغم من أنه لا يزال مالكا له، لأنه ضامن لاستحقاقه ومن يضمن نقل ملك لغيره لا يجوز له أن يدعيه لنفسه. وكما يجرى هذا الحكم على البائع يجرى على وارثه ، فلا يجوز لوارث البائع أن يمتنع عن تسليم المبيع إلى المشترى أو أن يسترده منه بعد أن سلمه إياه [(٣)].

ويترتب على ذلك أيضا أن دائن المشترى لا يستطيع أن ينفذ على العقار المبيع قبل تسجيل عقد البيع ، ولا يستطيع أن يأخذ عليه حق اختصاص [(٤)] ، لأن ملكية العقار لم تنتقل بعد إلى المشترى. أما دائن البائع فيستطيع التنفيذ على العقار، ويستطيع أن يأخذ عليه حق اختصاص [(٥)]، بل ويستطيع أن يجعل البيع غير نافذ فى حقه إذا هو سجل تنبيه نزع الملكية قبل أن يسجل المشترى البيع (أنظر م ٤٠٥ مرافعات) . وكذلك تنتقل ملكية العقار ، إذا مات البائع قبل تسجيل البيع ، إلى وارث البائع . أما إذا مات المشترى قبل التسجيل ، فان الملكية لا تنتقل إلى وارثه ، ولكن يستطيع وارث المشترى أن يطالب البائع أو وارثه بنقل ملكية المبيع وأن يرفع على أى منهما دعوى صحة التعاقد أو دعوى صحة التوقيع .

وإذا مات البائع فانتقلت ملكية العقار إلى ورثته ، وباع الوارث العقار إلى مشتر آخر ،

---

(١) نقض مدنى ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٨٣ ص ١٥٤ – وانظر تعليقاً على الحكم للأستاذ حلمى بهجت بدوى فى مجلة القانون والاقتصاد السنة الثالثة ص ٧٢٧ وما بعدها .

(٢) فإذا نزعت ملكية المبيع للمنفعة العامة قبل تسجيل عقد البيع ، نزعت على البائع لا على المشترى ، وانفسخ عقد البيع ، ولا يكون للمشترى حق فى التعويض المعطى للبائع عن نزع الملكية (استئناف مختلط ٢٨ أبريل سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ١٨٢)

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه ليس للبائع ، لعدم تسجيل عقد البيع وتراخى انتقال الملكية بسببه، أن يطلب الحكم على المشترى بتثبيت ملكيته هو للمبيع . وكما يجرى هذا الحكم على البائع فهو يجرى على من يخلفه فى تركته ، فإن على الوارث أن يقوم للمشترى كمورثه بالإجراءات القانونية اللازمة للتسجيل من الاعتراف بصدور العقد بالأوضاع المعتادة أو بانشاء العقد من جديد بتلك الأوضاع . ومتى وجب هذا على الوارث فلن يقبل منه أن يدعى لنفسه ملك المبيع على المشترى ، لأن من يضمن نقل الملك لغيره لا يجوز له أن يدعيه لنفسه (نقض مدنى ١٧ نوفمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٧٣ ص ١٤٣ . وانظر أيضاً المنصورة الكلية ١١ مارس سنة ١٩٣٤ المجموعة الرسمية ٣٥ رقم ٧٢) . ويسرى التزام ورثة البائع فى حق دائنيهم (استئناف مختلط ٢٤ يونيه سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ٢٠٠) .

(٤) ويبقى حق الاختصاص غير صحيح حتى بعد تسجيل البيع ، لأنه أخذ على عقار كان غير مملوك للمدين وقت أخذه ، وقد قضت محكمة النقض بذلك ورفضت الأخذ بالأثر الرجعى للتسجيل فيما بين المتعاقدين ودائنيهم (نقض مدنى ٩ فبراير سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٥٣ ص ٤٩٧).

(٥) استئناف مختلط ٢٧ مارس سنة ١٩٤١ م٥٣ ص١٤٣ – ١٦ نوفمبر سنة ١٩٤٤ م ٥٧ ص ٩.

فان التنازع يقع بين المشترى من المورث والمشترى من الوارث . وقد رأينا أن المشترى من المورث ، فى عهد التقنين المدنى السابق ، هو الذى يفضل، لأن الملكية انتقلت إليه من المورث ولو لم يسجل العقد ولم تنتقل الملكية إلى الوارث ، فيكون المشترى من الوارث قد اشترى من غير مالك فلا تنتقل إليه الملكية ولو سجل عقده . أما فى عهد قانون التسجيل وقانون تنظيم الشهر العقارى، فالأمر يختلف . ذلك أن المشترى من المورث لم يسجل عقده فلم تنتقل إليه الملكية، وانتقلت إلى وارث البائع، ثم انتقلت من الوارث إلى المشترى منه إذا سجل الوارث شهادة الإرث وسجل المشترى من الوارث عقد شرائه . ومن ثم يفضل المشترى من الوارث على المشترى من المورث إذا سبق الأول الثانى فى التسجيل[(١)]. غير أنه إذا أشر المشترى من المورث ، باعتباره دائناً للتركة، بدينه وطبقا لأحكام المادة ١٤ من قانون تنظيم الشهر العقارى قبل أن يسجل المشترى من الوارث عقده، أو بعد هذا التسجيل ولكن فى خلال سنة من تاريخ شهادة الإرث، كان له أن يحتج بحقه كمشتر على المشترى من الوارث. ولما كان حقه هو أن تنتقل إليه ملكية

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن البيع الصادر من المورث لا ينقل ملكية المبيع إلى المشترى منه إلا بالتسجيل . فاذا لم يسجل عقد شرائه ، بقى العقار على ملك البائع وانتقل إلى ورثته من بعده بالإرث . وإذا هم باعوه وسجل المشترى منهم عقد شرائه ، انتقلت إليه ملكيته . أما الاحتجاج بقاعدة ألا تركة إلا بعد سداد الديون وأن شخص الوارث يغاير شخص مورثه فلا محل لإجراء حكم التفاضل بين البيعين على اعتبار أنهما صادران من متصرف واحد فى حين أنهما صادران من شخصين مختلفين – هذا الاحتجاج لا تأثير له على حكم انتقال الملكية بالتسجيل، وفقاً للمادة الأولى من القانون رقم ١٨ لسنة ١٩٢٣ الواجبة التطبيق على واقعة الدعوى، والتى من مقتضاها ألا تنتقل الملكية حتى فيما بين المتعاقدين إلا بالتسجيل، وأن ليس للمشترى بعقد غير مسجل إلا حقوق شخصية قبل البائع له. فكما أن البائع بعقد غير مسجل يستطيع أن يبيع مرة ثانية لمشتر آخر تنتقل إليه الملكية بتسجيل عقده، فكذلك الوارث الذى حل محل مورثه فيما كان له من حقوق وما عليه من التزامات فى حدود التركة يملك أن يتصرف فى العين التى يتلقاها بالميراث عن مورثه لمشتر آخر إذا لم يسجل المشترى من مورثه عقد شرائه، وتنتقل الملكية إلى هذا المشترى الآخر بالتسجيل لبقائها حكماً على ملك المورث . أما كون تصرف الوارث نافذاً أو غير نافذ فى حق دائنى التركة فهو بحث آخر ، ويظل حق الدائنين قائماً فى الطعن فى هذا التصرف بما يخولهم القانون من حقوق فى هذا الخصوص ، كما يبقى لهم حق تتبع أعيان التركة استيفاء لديونهم وفقاً لأحكام الشريعة الغراء الواجب تطبيقها فى هذا الخصوص عملا بالمادة ٥٤ من القانون المدنى القديم (نقض مدنى ٥ فبراير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٦٧ ص ٤٦٧ – وانظر أيضا : نقض مدنى أول يونيه سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض رقم ١٤١ ص ٥٦٩ – ٤ يونيه سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٧٦ ص ١١١٣ – وقارن : نقض مدنى ٣ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة عمر رقم ١٣ ص ٢٤ – ٢٨ يونيه سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ١١١ ص ٧٩٤). وانظر الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٨٤ – الأستاذ محمد على إمام فقرة ١٧٠ وفقرة ١٧٦ ص ٢٩٦ – الأستاذ عبدالفتاح عبدالباقى فقرة ١٠٨ – الأستاذ جميل الشرقاوى ص ١٨٢ – ص ١٨٣ – الأستاذ عبدالمنعم البدراوى فقرة ٢٢١ – فقرة ٢٢٢ – الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٧٣.

المبيع ، فان له أن يطالب المشترى من الوارث بنقل ملكية المبيع ولا يقتصر على المطالبة بالتعويض [١] ، فإذا حصل على حكم يطلبه سجله أنتقلت إليه الملكية .

ونرى من ذلك أن المشترى من المورث يفضل على المشترى من الوارث فى حالتين : (١) إذا سبق إلى تسجيل عقده (٢) أو إذا أشر بحقه قبل تسجيل المشترى من الوارث عقده أو بعد هذا التسجيل ولكن فى خلال سنة من تسجيل شهادة الإرث [٢] . فإذا لم يفعل هذا ولا ذاك ، فضل عليه المشترى من الوارث إذا سجل عقده ، لأن هذا قد اشترى من الوارث بعد أن انتقلت إليه الملكية بالميراث . وإذا تسلمَ المشترى من المورث العقار المبيع بالرغم من ذلك، فان عقد البيع الذى فى يده لا يعتبر سبباً صحيحاً فى التقادم الخمسى، لأنه صدر من المورث وقت أن كان مالكاً للمبيع والسبب الصحيح فى التقادم الخمسى يجب أن يكون صادراً من غير مالك . لكن إذا استمر المشترى من المورث حائزاً للعقار المبيع مدة التقادم الطويل، انتقلت إليه الملكية بالتقادم لا بعقد البيع [٣] .

٢٧٢ – ولكن البيع غير المسجل لا يزال بيعا فينتج آثاره عدا نقل الملكية بالفعل :

على أن البيع لم يصبح ، بعد قانون التسجيل وقانون تنظيم الشهر العقارى ، عقداً شكلياً لا يتم إلا بالتسجيل . فهو لا يزال من عقود التراضى ، والبيع غير المسجل لا يزال عقد بيع له هذه الصفة ، وينتج جميع آثار البيع عدا نقل الملكية بالفعل . وقد كان هناك رأى يذهب إلى أن البيع غير المسجل لا يكون بيعاً وإنما يكون عقداً غير مسمى وأن البيع لا يتم بالتسجيل، ولكن هذا الرأى بقى رأيا مرجوحاً منذ ظهر ثم اختفى سريعاً ، وأجمع الفقه والقضاء على أن عقد البيع يتم بالتراضى ولو لم يسجل [٤] . فالبيع غير المسجل ينتج جميع آثار البيع ، إذا استثنينا نقل الملكية بالفعل كما قدمنا .

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ١٩٣ فى الهامش .

(٢) الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٨٤ – ص ٢٢٤ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا عولت محكمة الموضوع على ما ثبت لديها من أن المشترين بعقود عرفية ثابتة التاريخ من المورث قد ملكوا ما اشتروه بوضع اليد المكسب للملكية بالمدة الطويلة ، واستغنت بهذا عن البحث فى أمر تسجيل الاختصاص الذى أخذ ضد المورث والمفاضلة بينه وبين العقود العرفية وفقاً لمواد التسجيل القديمة ، فلا مخالفة للقانون فى ذلك : لأن واضع اليد المدة الطويلة مع العقد العرفى الثابت التاريخ يفضل قانوناً على صاحب التسجيل (نقض مدنى ٣ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة عمر ١ رقم ١٣ ص ٢٤) .

(٤) وقد قضت محكمة النقض بأن قانون التسجيل الصادر فى ٢٦ يونيه سنة ١٩٢٣ لم يغير من طبيعة عقد البيع من حيث هو عقد من عقود التراضى التى تتم وتنتج آثارها بمجرد توافق الطرفين . وإنما هو فقط قد عدل آثاره بالنسبة للعاقدين وغيرهم ، فجعل نقل الملكية غير مترتب على مجرد العقد بل أرجأه إلى حين حصول التسجيل ، وترك لعقد البيع معناه وباقى آثاره (نقض مدنى ٥ يناير سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ٩١ ص ١٦٣ – ٤ يونيه سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٧٤ =

ويترتب على ذلك أن البيع غير المسجل ينشئ جميع التزامات البائع [1] ، فيلتزم بموجبه البائع بنقل الملكية إلى المشترى [١] وبتسليم المبيع وبضمان التعرض [2] والاستحقاق والعيوب الخفية. وينشئ البيع غير المسجل كذلك جميع التزامات المشترى،

= ص ١١٥٠ – أول يونيه سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٨٧ ص ٥٦٧ – ٦ نوفمبر سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ١٢٥ ص ٣٨٥ – أنظر أيضاً استئناف مختلط ٧ فبراير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٨٦ – ٩ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣١٠) .

هذا وقد قدمنا أن بيع العقار فى التقنين المدنى العراقى عقد شكلى لا يتم إلا بالتسجل فى دائرة الطابو ، وأن العقد غير المسجل فى دائرة الطابو ليس ببيع بل هو عقد غير مسمى يقتصر على إنشاء التزام بالتعويض دون أن ينشئ التزاماً بنقل الملكية (أنظر انفا فقرة ٢٥٠ فى الهامش) .

(١) ويترتب على أن البائع يلتزم بنقل ملكية المبيع ما يأتى : (أ) ما قدمناه من أن البائع لا يستطيع أن يطالب المشترى بتثبيت ملكيته على المبيع ولو أنه لا يزال مالكاً لأن البيع لم يسجل ، ذلك أنه ملتزم بنقل الملكية ومن كان ملتزما بنقل الملكية لا يستطيع أن يطالب بها (أنظر آنفاً فقرة ٢٧١ فى الهامش) . (ب) يجوز للمشترى الذى لم يسجل عقد شرائه ، وقد أصبح دائناً للبائع بنقل الملكية ، أن يحول حقه هذا لمحال له ، وتكون الحوالة صحيحة ولا يمنع من صحتها عدم تسجيل البيع (نقض مدنى ٣ فبراير سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٧٦ ص ٥٩٤) . (جـ) إذا اشترط البائع على المشترى ألا يسجل العقد قبل الوفاء بالثمن ، فان البيع يتم قبل الوفاء بالثمن وقبل التسجيل، ويكون التسجيل وحده هو الموقوف على دفع الثمن . فاذا لم يدفع المشترى الثمن ، جاز للبائع إما مطالبته بالثمن وإما فسخ البيع طبقاً للقواعد العامة . وهذا الحكم صحيح حتى فى عهد التقنين المدنى السابق قبل قانون التسجيل (استئناف مختلط ٢٩ يناير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١١٩) .

(1) متى كانت المطعون عليها قد أسست دعواها على عقد البيع الابتدائى الصادر لها ، والذى ينقل إليها – ولو لم يكن مشهراً – جميع الحقوق المتعلقة بالبيع والدعاوى المرتبطة به بما فى ذلك طلب نفى حق الارتفاق الذى تدعيه الطاعنة ، فان الدعوى تكون من الدعاوى المتعلقة باصل الحق ، وليست من دعاوى الحيازة ، ويكون قضاء الحكم المطعون فيه بتسليم العين وطرد الطاعنة منها استناداً إلى أن العقد العرفى يمنح المشترى الحق فى استلام المبيع لأنه من الآثار التى تنشأ من عقد البيع صحيحاً فى القانون ولا عبرة بما تنعاه الطاعنة على الحكم المطعون فيه من أنه قضى بتسليم العين رغم سبق القضاء به فى دعوى صحة التعاقد المرفوعة على البائعة طالما أن الطاعنة لم تكن طرفا فيه .

(جلسة ١٩٧٣/١/٢٥ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٤ ص ٩٨)

(2) أ – يلتزم البائع بضمان عدم التعرض للمشترى فى الانتفاع بالمبيع أو منازعته فيه ، وهذا الالتزام مؤبد يتولد عن عقد البيع ولو يكن مشهرا، ينتقل من البائع إلى ورثته فيمتنع عليهم ومثله – منازعة المشترى فيما كسبه من حقوق بموجب عقد البيع إلا إذا توافرت لديهم أو لدى مورثهم بعد تاريخ البيع شروط وضع اليد على العين المبيعة المدة الطويلة المكسبة للملكية ، إذا كان الطاعنون (ورثة البائع) قد دفعوا دعوى ورثة المشترى بصحة ونفاذ عقد البيع الصادر لمورثهم من مورث الطاعنين ، بسقوطها بالتقادم لرفعها بعد أكثر من خمس عشرة سنة من تاريخ صدور هذا العقد ، فان هذا الدفاع يعد من قبيل المنازعة الممتنعة قانوناً على الطاعنين بمقتضى التزام مورثهم بالضمان ، واذا التزم الحكم المطعون يه هذا النظر فأنه لا يكون قد خالف القانون .

=

(جلسة ١٩٦٣/٣/٢٨ مجموعة أحكام النقض السنة ١٤ ص ٣٩٨)

فيلتزم بموجبه المشترى بأن يدفع الثمن والمصروفات وبأن يتسلم المبيع [١] . ويترتب على ذلك أيضاً أن البيع غير المسجل يبقى محتفظاً بالوصف القانونى للبيع ، فيجوز الأخذ فيه

= (جلسة ١٩٦٣/٣/٢٨ مجموعة أحكام النقض السنة ١٤ ص ٣٥٥)

(جلسة ١٩٦٣/٣/٢١ مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض الـ٢٥ عاماً – ١٤ – ٣٥٥)

(جلسة ١٩٥٤/٣/٤ مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض الـ٢٥ عاماً – ١٠١ – ٦٣٨)

ب – ليس للبائع لعدم تسجيل العقد وتراضى نقل الملكية بسببه أن يدعى لنفسه ملك المبيع على المشترى لان من يضمن نقل الملكية لغيره ، لا يجوز أن يدعيها لنفسه .

(جلسة ١٩٧٣/٥/٩ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٤ ص ٧٢٥)

جـ – مشترى العقار بعقد غير مسجل يعتبر مجرد دائن عادى بالالتزامات الشخصية المترتبة فى ذمة البائع والناشئة عن هذا العقد .

(جلسة ١٩٦٦/١١/١ مجموعة أحكام النقض السنة ١٧ ص ١٥٩٩)

د – من أهم التزامات البائع ضمان انتقال ملكية المبيع إلى المشترى فلا يجوز له طلب تثبيت ملكيته إلى العقار المبيع منه لمجرد أن المشترى لم يسجل عقد شرائه .

(جلسة ١٩٥٣/١١/٢١ مجموعة أحكام النقض السنة ٥ ص ١٧٧)

(جلسة ١٩٥٨/١٢/١٨ مجموعة أحكام النقض السنة ٩ ص ٧٧٦)

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن عقد البيع هو من عقود التراضى التى تتم وتنتج آثارها بمجرد توافق الطرفين ، وكل ما استحدثه قانون التسجيل من الأثر هو أن نقل الملكية بعد أن كان، بمقتضى الفقرة الأولى من المادة ٢٦٦ من التقنين المدني السابق ، نتيجة لازمة للبيع الصحيح بمجرد عقده، أصبح متراخياً إلى بعد حصول التسجيل . أما أحكام البيع الأخرى فلا تزال قائمة لم ينسخها قانون التسجيل، فالبائع يبقى ملزماً بموجب العقد بتسليم المبيع وبنقل الملكية للمشترى، كما يبقى المشترى ملزماً بأداء الثمن ، إلى غير ذلك من الالتزامات التى تترتب بينهما على التقابل بمجرد انعقاد البيع (نقض مدنى ١٧ نوفمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٧٣ ص ١٤٣) . وقضت أيضا بأن عقد البيع ، سواء كان مسجلاً أو غير مسجل ، يلزم البائع بأن يمكن المشترى من الانتفاع بالمبيع وحيازته حيازة هادئة ، فاذا لم يقم البائع بتنفيذ هذا التعهد أو لم يتمكن من القيام به ، واستحقت العين المبيعة أو نزعت ملكيتها بسبب ترتب حق عينى عليها وقت البيع أو لنشوء هذا الحق بفعل البائع بعد تاريخ العقد، فانه يجب عليه رد الثمن مع التضمينات طبقاً لما تقضى به المادتان ٣٠٠ و ٣٠٤ من القانون المدنى (السابق). ولا يسقط حق الضمان عن البائع ، إلا إذا اشترط عدم الضمان وكان المشترى عالماً وقت الشراء بسبب الاستحقاق أو اعترف أنه اشترى ساقط الخيار، أما عدم تسجيل المشترى عقد شرائه فلا يترتب عليه سقوط حق الضمان . وإذن فالحكم الذى يرفض دعوى الضمان تأسيساً على أن نزع ملكية العين من المشترى لم يكن إلا نتيجة إهماله فى تسجيل عقد شرائه ، مما مكن دائن البائع الشخصى من نزع ملكية العين المبيعة، يكون حكماً مخالفاً للقانون متعينا نقضه (نقض مدنى ٢٠ فبراير سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٢٦ ص ١٠٤٩ – وانظر أيضاً نقض مدنى ٥ يناير سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ٩١ ص ١٦٣ وسائر الأحكام المشار إليها فى هذا المعنى فى الحاشية قبل السابقة – وكان هذا الرأى قد استقر فى القضاء المصرى قبل إنشاء محكمة النقض بحكم من محكمة استئناف مصر فى دوائرها المجتمعة فى ٣ ديسمبر سنة ١٩٢٧ ٨ ص٢٩٩) .

بالشفعة، ويصلح أن يكون سبباً صحيحاً فى التقادم الخمسى قبل التقنين المدنى الجديد[1] ، ويكون بيع ملك الغير قابلا للإبطال ولو لم يسجل .

فنبحث إذن المسائل الثلاث الآتية : (١) البيع غير المسجل ينشئ التزاماً فى جانب البائع بنقل ملكية المبيع ، وما يتعلق بذلك من دعوى صحة التعاقد ودعوى صحة التوقيع. (٢) وينشئ جميع الالتزامات الأخرى فى جانب البائع وفى جانب المشترى . (٣) وتترتب عليه جميع آثاره بوصفه عقد بيع .

٢٧٣ – البيع غير المسجل ينشئ التزاما فى جانب البائع بنقل الملكية – كيف ينفذ هذا الالتزام : قدمنا أن البيع غير المسجل لا ينقل الملكية إلى المشترى [2]، ولكنه ينشئ التزاماً فى جانب البائع بنقل الملكية . ولما كان هذا الالتزام لا يمكن تنفيذه إلا بتسجيل عقد البيع ، ولما كان التسجيل يتطلب إجراءات لابد فيها من تدخل البائع الشخصى إذ لابد أن يكون مقراً بصدور البيع منه وأن يكون توقيعه مصدقاً عليه ، من أجل ذلك كان للمشترى أن يطالب البائع ، تنفيذا للالتزام الذى فى ذمته ، أن يقوم بالأعمال الواجبة لتسجيل العقد . فاذا قام البائع بهذه الأعمال وانبنى على ذلك تسجيل العقد، فقد نفذ

---

(1) المقرر من قضاء محكمة النقض أن النص فى الفقرة الثالثة من ٩٦٩ من القانون المدنى على أن السبب الصحيح الذى تكسب به ملكية العقار بحيازته خمس سنوات مع حسن النية هوالسند الذى يصدر من شخص لا يكون مالكا للشئ الذى يراد كسبه بالتقادم يدل على أنه متى كان البائع للمشترى المتزاحمين بعقود – واحدا – فلا وجه لتمسك أحدهم فى مواجهة الآخر بتملك المبيع بالتقادم الخمسى.

(جلسة ١٩٨٨/٢/٢٥ الطعن ٢٧٧ لسنة ٥٤ ق)

(2) البيع غير المشهر وان كان يلزم بتسليم المبيع مما يترتب عليه ان تكون للمشترى حيازته والانتفاع به، إلا أنه لا يترتب عليه تملك المشترى لما يقيمه على الأرض المبيعة ، لأن حق القرار حق عينى من قبيل الملكية لا ينشأ ولا ينتقل وفقا لحكم المادة التاسعة من قانون الشهر العقارى إلا بشهر سنده أما قبل ذلك فان ملكية المنشأت تكون للبائع بحكم الالتصاق ، فاذا باع الأرض لمشتر ثان سبق إلى شهر عقده تملك هذا الأخير البناء بالالتصاق ، ويصبح كل ما للمشترى الأول البانى الذى لم يشهر عقده – اذا لم يختر نزع المنشآت بوصفه بانيا حسن النية هو أن يطالب المشترى الثانى بأقل القيمتين قيمة المواد وأجرة العمل أو قيمة ما زاد فى ثمن الأرض بسبب البناء ، لما كان ذلك وكان سند المطعون ضده الثانى فى اقامة البناء مثار النزاع هو عقد بيع غير مشهر صادر إليه من المطعون ضدها الثالثة وقد خلت الأوراق مما يفيد اشتماله على اتفاق طريقة على تملك المطعون ضده الثانى لما يقيمه من مبان أو يحدد مصيرها ، مما ينبنى عليه تملك الشركة البائعة لها بحكم الالتصاق وانتقال ملكيتها إلى المطعون ضده الأول تبعا لملكية الأرض مشتراه بموجب عقد البيع المشهر ، وبالتالى فلا يسوغ لدائن المطعون ضده الثانى التنفيذ على البناء لأنه لم يكن قط مملوكا له ، ولا يعدو والعقد المبرم بينه وبين المطعون ضده الأول بشأن البناء – وان سمياه عقد بيع – أن يكون اتفاقا على أداء ما يستحقه المطعون ضده الثانى قبل مالك الأرض اعمالا لحكم المادة ٩٢٥ من القانون المدنى بوصفه بانيا حسن النية .

(جلسة ١٩٧٩/١/٢٤ مجموعة احكام النقض السنة ٣٠ ص ٣٥٧)

(جلسة ١٩٨٠/٤/٢٤ الطعن ٦٤٨ لسنة ٤٩ ق)

التزامه بنقل الملكية ، وانتقلت الملكية فعلا إلى المشترى بالتسجيل .

وإذا أنكر البائع صدور البيع منه ، أو امتنع عن الذهاب إلى الجهة المختصة للتصديق على إمضائه ، أو أخل بأية صورة أخرى بواجبه من القيام بالأعمال اللازمة لتسجيل العقد [1]، جاز للمشترى إجباره هو أو ورثته على القيام بذلك . ولا يكتفى المشترى بأن يطالب البائع بالتعويض عن الأخلال بالتزامه ، بل يجوز له أن يصل إلى إجبار البائع على تنفيذ التزامه عينا ونقل الملكية بالتسجيل ، وذلك عن طريق دعويين ابتكرهما العمل وإقرهما القضاء منذ صدور قانون التسجيل : دعوى صحة التعاقد ودعوى صحة التوقيع .

٢٧٤ – دعوى صحة التعاقد : هذه الدعوى لم يكن قانون التسجيل يشير إليها، ولكن العمل ابتدعها [2] تحت اسم «دعوى صحة ونفاذ العقد» منذ صدور هذا القانون،

---

(١) كأن يكون البيع قد صدر شفوياً وامتنع البائع عن تحرير ورقة به تكون صالحة للتسجيل ، أو يكون البيع قد كتب على وقة عادية وامتنع البائع عن كتابته على النموذج المطبوع المخصص للتسجيل، أو يكون البائع قد امتنع عن تقديم المستندات والشهادات اللازمة للتسجيل (الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٧٨ ص ٢٠٣) .

(٢) ولم يتخلف القضاء المختلط عن القضاء الوطنى فى إقرار دعوى صحة التعاقد ، فمن أحكام محكمة الاستئناف المختلطة فى هذا المعنى : استئناف مختلط ٥ فبراير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ١٩٦ – ١١ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٦٧ – ١٠ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢١٦ – ١٧ مايو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٢٦ – ١٣ ديسمبر ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٦٩ – ٢٨ مارس سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢١٥ – ٣ ديسمبر سنة ١٩٣٥ م ٤٨ ص ٤٥ – ٢١ أبريل سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٣٦ – ١٣ ديسمبر سنة ١٩٣٨ م ٥١ ص ٥٣ – ٩ مارس سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ١٩٩ – ٢١ مارس سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٢٠٨ – ١٩ مارس سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١٩٦ .

وتقوم دعوى صحة التعاقد على الأساس القانون الآتي : يتضمن التزام البائع بنقل الملكية التزاماً بتمكين المشترى من تسجيل عقد البيع ، وهذا الالتزام الأخير يمكن تنفيذه عيناً وتسمح طبيعته أن يقوم حكم القاضى مقام التنفيذ العينى ، وقد نصت المادة ٢١٠ مدنى على أنه «فى الالتزام بعمل يقوم حكم القاضى مقام التنفيذ إذا سمحت بذلك طبيعة الالتزام» . فدعوى صحة التعاقد إذن هى دعوى يطلب فيها المشترى من البائع تنفيذ التزامه بنقل ملكية المبيع تنفيذاً عينياً فى عقد بيع صحيح نافذ. ويترتب على ذلك أنه إذا كان التنفيذ العينى غير ممكن ، لم تقبل دعوى صحة التعاقد . فإذا باع البائع العقار مرة ثانية لمشتر ثان وسجل هذا التعاقد قبل أن يتمكن المشترى الأول من التسجيل ، أصبح تنفيذ التزام البائع بنقل الملكية إلى المشترى الأول غير ممكن عيناً ، ومن ثم ترفض دعوى المشترى الأول على البائع بصحة التعاقد (الأستاذ محمد على إمام فقرة ١٦٦ ص ٢٦٧ – الأستاذ عبدالمنعم البدراوى فقرة ٢٢١ . قارن الأستاذ جميل الشرقاوى ص ١٥٩ هامش رقم ٣) . ويرفض القضاء الحكم بصحة التعاقد إذا تبين من وقائع الدعوى أن تسجيل الحكم لن يجدى المشترى فى نقل الملكية ، كما لو كان هناك من كسب هذه الملكية بسند يحتج به فى مواجهته رغم صدور الحكم لمصلحته ، كمشتر ثان سجل عقده قبل تسجيل صحيفة الدعوى بصحة التعاقد ، إذ أن الحكم لمصلحة المشترى الأول وتسجيل هذ الحكم يصبح عديم الفائدة (نقض مدنى ٢٩ يناير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٥٨ – ١٧ ديسمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم =

ليواجه بها امتناع البائع عن القيام بالأعمال الواجبة للتسجيل على النحو الذى قدمناه، حتى لو كان معترفاً بصدور البيع منه [1] . فسواء كان البائع منكراً للبيع أو معترفاً به، فهو ما دام ممتنعاً عن القيام بالأعمال الواجبة لتسجيل العقد استطاع المشترى إجباره على ذلك، بأن يرفع عليه دعوى يطلب فيها الحكم بثبوت البيع أو بصحته ونفاذه (action en réalisation, en constatation, de la vente). فإذا ما صدر هذا الحكم جعل منه المشترى سنداً يغنيه عن عقد البيع الصالح للتسجيل، فهو سند رسمي أقوى من السند العرفى المصدق فيه على التوقيع، وهو فى الوقت ذاته يثبت–أكثر مما تثبت الورقة المكتوبة ولو كانت ورقة رسمية– وقوع البيع صحيحاً نافذاً. فيجوز إذن للمشترى أن يسجل هذا الحكم باعتباره سنداً قاطعاً على وقوع البيع، ولا يحتاج فى تسجيله إلى تدخل البائع [2] ،

=٣٩ ص ٢٥٧) . كذلك يجب رفض دعوى صحة التعاقد إذا اتضح أن المتدخل فيها هو المالك الحقيقى للعقار ، لأن المشترى من غير المالك لا يجديه أن يصدر حكم بصحة تعاقده (نقض مدنى ١٧ ديسمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٣٩ ص ٢٥٧ وقد سبقت الإشارة إليه – الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٦٩ ص ١١٠) . ومما يقطع أن دعوى صحة التعاقد ليست فى حقيقتها إلا مطالبة المشترى للبائع بتنفيذ التزامه بنقل ملكية المبيع تنفيذاً عينياً أن هذه الدعوى لا يرفعها البائع على المشترى ، وإنما يرفعها المشترى على البائع. أما الدعوى التى يرفعها البائع على المشترى فهى دعوى المطالبة بدفع الثمن ، لا دعوى صحة التعاقد .

(١) والمفروض طبعاً أن البيع غير مكتوب أصلا أو مكتوب في ورقة عرفية . أما إذا كان مكتوباً فى ورقة رسمية، فلا حاجة للمشترى برفع دعوى صحة التعاقد، لأن الورقة الرسمية قابلة للتسجيل دون حاجة إلى تدخل البائع ، وذلك ما لم يمتنع البائع عن تقديم المستندات التي تثبت أصل ملكيته .

(٢) وذلك بشرط أن يرفق المشترى بالحكم عند شهره المستندات والأوراق المثبتة لأصل ملكية البائع، لأن الحكم الصادر بصحة التعاقد لا يتعرض لأصل هذه الملكية . وقد قضت محكمة دمنهور الكلية بأن صدور الحكم بصحة التعاقد لا يعفي المشترى من تقديم كافة المستندات الدالة على ملكية البائع (٢٨ مارس سنة ١٩٥٥ المحاماة ٣٦ رقم ٥٧٦ ص ١٧٥٤).

ويقول الدكتور محمد شوقى فى هذا الصدد : «سبق أن بينا أن كثيراً من المتعاملين كان يلجأ إلى دعوى صحة التعاقد للتهرب من إثبات ملكية المتصرف . فإذا ما طالبت الهيئة التى كانت تشرف على أعمال الشهر بما يفيد ملكية البائع ، رفع المشترى دعوى بصحة التعاقد واستصدر حكماً بذلك يقدم لأقلام الرهون ويسجل آلياً باعتباره حكماً واجب التنفيذ ، فتنتقل بذلك ملكية العقار إليه دون بحث. صحيح أنه كان للمحكمة حق بحث هذه الملكية ، إنما كثيراً ما كان يحدث أن يغيب المدعى عليه وهو البائع أو يحضر ويقر بصدور التعاقد منه ، فيصدر الحكم هذا الأساس ، وتنتفى الحكمة من قانون سنة ١٩٢٣ الذى كان يتطلب دقة فى البحث قبل تمكين أى شخص من التصرف .... وقد فطن المشرع (قانون تنظيم الشهر العقارى) عندما قضى بشهر دعوى صحة التعاقد إلى سوء استعمال هذا الحق فى الماضى ، فنص على أن صدور حكم بصحة التعاقد لا يعفى المشترى من تقديم كافة المستندات الدالة على ملكية البائع .. وقد كانت الأسباب التى سردناها داعية إلى ألا يقر قانون الشهر العقارى دعاوى صحة التوقيع ، فاستبعد هذه الدعاوى من المحررات الواجب شهرها ، فاستتبع ذلك عدم شهر الأحكام الصادرة فيها» (الشهر العقارى علما وعملا ص١٩١ – ص ١٩٣) . ويقول =

ومتى سجله انتقلت إلى ملكية المبيع (١)(1).

بل إن العمل سار مرحلة أبعد من ذلك، وغل يد البائع من التصرف في العقار المبيع من وقت رفع الدعوى بصحة التعاقد، حتى لا يكون المشترى تحت رحمته أثناء المدة الطويلة التى قد يستغرقها نظر الدعوى، فيبادر البائع إلى التصرف في العقار لشخص آخر ويبادر هذا إلى تسجيل عقده قبل تسجيل الحكم بصحة التعاقد فلا تكون هناك جدوى من هذا الحكم. وذلك بأن يسجل المشترى صحيفة دعوى صحة التعاقد، ومن وقت تسجيلها لا يستطيع البائع أن يتصرف فى العقار(٢)، حتى إذا صدر الحكم بصحة التعاقد

=الأستاذ محمد أبو شادى: «وإذا تعذر على المحكوم لصالحه في دعوى صحة التعاقد تقديم المستندات المثبتة لأصل الملكية نظراً لكونها في حوزة الصادر ضدهم الحكم ، فيجب التحقق من صحة هذه الملكية بسؤال الملاك السابقين والمجاورين ورجال الحكومة وأصحاب التكليف المدرج به العقار. ثم يعمل إقرار بنتيجة هذا التحقيق ويحرر على ورق التسجيل المتسوغ ويوضح به أصل الملكية، على أن يوقع على هذا الإقرار من الصادر لصالحه الحكم ويصدق على توقيعه ويرفق بالحكم عند تسجيله (شهر الحقوق العقارية ص ١٢٣).

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن للمشترى أن يطلب تنفيذ ما تعهد به البائع من نقل الملكية إليه ، وذلك عن طريق طلب الحكم بصحة عقد البيع توصلا إلى تسجيل الحكم الذى يصدر له بما طلب، والذى يحل فى هذه الحالة محل العقد فى التسجيل . فإذا ما تمت هذه الإجراءات أصبح مالكاً قانوناً للعقار المبيع ، وصار له حق طلب تثبيت ملكيته إذا وجدت منازعة من البائع أو ورثته (نقض مدنى ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٨٣ ص ١٥٤ - ١٩ أبريل سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١١٧ ص ٧٣٤) - والذى يسجل هو الحكم وحده ، ولا حاجة إلى تسجيل العقد معه، إلا إذا كان الحكم قد أحال عليه فيسجل الحكم ومعه العقد باعتباره من ملحقات الحكم (الأستاذ عبدالفتاح عبدالباقى فقرة ٩٥ ص ١٥١) ، وهذا بخلاف دعوى صحة التوقيع ففيها يسجل العقد وهو الأصل ومعه الحكم باعتباره من ملحقاته .

ودعوى صحة التعاقد دعوى شخصية عقارية ، فتكون من اختصاص المحكمة التى يقع فى دائرتها العقار كالدعاوى العينية ، إو المحكمة التى يقع فى دائرتها موطن المدعى عليه كالدعاوى الشخصية (م ٢/٥٦ مرافعات - استئناف مختلط ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٤٥م ٥٨ ص ٨).

(٢) ويستطيع المشترى إلى جانب ذلك أن يطلب وضع العقار المبيع تحت الحراسة أثناء النزاع . وقد قضت محكمة النقض بأن من حق المشترى أن يطالب البائع بالتسليم على اعتبار أنه التزام شخصى وأثر من آثار البيع الذى لا يحول دونه عدم حصول التسجيل ، ومن شأنه هذه الآثار أيضاً أن يكون للمشترى - إذا ما خشى على العين من بقائها تحت يد البائع طيلة النزاع ، أن يطلب إلى المحكمة وضعها تحت الحراسة، إذ النزاع على كل حال منصب على العقار المطلوب وضعه تحت الحراسة (نقض مدنى ١٧ يونيه سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٧١ ص ١٩٨).

(1) على محكمة الموضوع اعطاء الدعوى وصفها الحق وتكيفيها التكييف القانوني الصحيح دون تقيد بتكييف الخصوم لها إلا أنها لا تملك تغيير سبب الدعوى ويجب عليها الالتزام بطلبات الخصوم وعدم الخروج عليها، وإذ كانت الدعوى قد أقامها الطاعن بطلب اقتصر على صحة ونفاذ عقد البيع الصادر إلى فان لازم ذلك أن تتقيد المحكمة فى قضائها بهذا الطلب وحده وما ارتكز عليه من سبب=

بعد ذلك أشر المشترى به على هامش تسجيل صحيفة الدعوى، فيصبح أى تصرف صادر من البائع من وقت تسجيل صحيفة الدعوى بصحة التعاقد غير نافذ فى حق المشترى(١)(1). وقد أقرت محكمة النقض العمل فيما جرى عليه ، واعتبرت دعوى

=قانونى وما قد يطرأ أمامها عليها من تغيير أو تعديل من الطاعن أثناء سير الخصومة وفى الحدود التى يقررها قانون المرافعات وليس صحيحا فى القانون ما يقول به الطاعن من أن القضاء للمشترى بصحة ونفاذ عقد البيع وبثبوت ملكية للعقار محل هذا العقد أمران متلازمان ذلك أن المقصود من طلب صحة ونفاذ عقد البيع هو تنفيذ التزام البائع بنقل ملكية العقار المبيع تنفيذاً عينيا والحصول على حكم يقوم تسجيله مقام تسجيل العقد فى نقل الملكية ، فيكون فى معنى هذا الطلب ان ملكية العقار لم تنتقل بعد إلى المشترى، ولذا فان الحكم به يكون متناقضا إذا ما اجتمع مع قضاء تثبيت ملكية ذات المشترى لهذا العقار لما أورده هذا القضاء بطريق اللزوم الحتمى عن ثبوت اكتساب المشترى للملكية العقار فعلا، لما كان ذلك فان الحكم المطعون فيه يكون صائباً إذ خلص إلى تخطئة الحكم الابتدائى بمخالفة القانون بالقضاء بما لم يطلبه الخصوم لما ثبت أن طلب الدعوى ينحصر فى الحكم بصحة عقد البيع ونفاذه ورغم ذلك قضى دون طلب من الطاعن بتثبيت ملكيته إلى المسقاه مع قضائه بصحة ونفاذ عقد بيعها إليه ، فان النص يكون على غير أساس .

(جلسة ١٩٨٠/٢/٢١ الطعن ٤٥٥ لسنة ٤٩ ق س ٣١ ص ٥٧٣)

(١) ليس هذا فحسب ، بل إن البيع الصادر من البائع إلى مشتر آخر إذا سجل قبل تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد ، لم ينفذ مع ذلك فى حق المشترى الأول الذى رفع هذه الدعوى إلا إذا كان المشترى الآخر حسن النية ، ذلك أن حق المشترى الأول الذى سجل صحيفة دعوى صحة التعاقد لا تنعدم حجيته إلا فى مواجهة الغير الذى كسب حقه بحسن نية قبل تسجيل صحيفة الدعوى (م ٢/١٧ قانون الشهر) . كذلك لا يحتج على المشترى الأول بتسجيل سابق لعقد صورى ، سواء كان هذا العقد الصورى لا وجود له أصلا (نقض مدنى ٢٠ أكتوبر سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٣٥ ص ٤٠٥ - ٣ يونيه سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر٤ رقم ٦٧ ص ١٨٣)، أو كان عقد ضمان فى صورة عقد بيع (نقض مدنى ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٨٠ ص ٢٢٠ - ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ وقم ٨٨ ص ٢٣٤).

ويجوز للمشترى أن يحتج بتسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد من وقت حصول التسجيل، حتى لو كان عقد البائع له لم يسجل إلا بعد صحيفة دعوى صحة التعاقد (نقض مدنى ١٣ أبريل سنة ١٩٥٠ مجموعة عمر ١ رقم ١٠٥ ص ٤١١) .

(1) لا يترتب على التسجيل إثره إلا من تاريخ تسجيل العقد أو الحكم الذى من شأنه انشاء حق الملكية أو حق عينى آخر على عقار أو نقله ، وان القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ الخاص بالشهر العقارى اذ أجاز بنص الفقرة الثانية من المادة ١٥ تسجيل دعاوى صحة التعاقد على حقوق عينية عقارية ورتب على التأشير بمنطوق الحكم الصادر فيها طبقا للقانون ، انسحاب اثر الحكم إلى تاريخ تسجيل صحيفة الدعوى (م ١٧) انما قصد حماية أصحاب هذه الدعاوى قبل من ترتبت لهم حقوق على ذات العقار المبيع بعد تسجيل صحائفها ولم يقصد أن يرتب على مجرد تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد انتقال الملكية قبل التأشير بالحكم الذى يقرر حق المدعى فيها .

(جلسة ١٩٦٩/١/٩ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٠ ص ٦٩)

(جلسة ١٩٧٣/٢/٢٤ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٤ ص ٣٢٩)

(جلسة ١٩٨٥/١١/٢ الطعن ٣٦ لسنة ٥٢ ق)

صحة التعاقد دعوى استحقاق مآلا كما سبق القول[1](1)، فأدخلتها ضمن دعاوى الاستحقاق التى تسجل صحيفتها ويكون لتسجيلها الحجيــة التى قدمناهــا طبقاً للمادة السابعة من قانون التسجيل [2]. وجاء قانون تنظيـم الشهـر العقـارى مؤيداً للعمل

(١) انظر آنفاً فقرة ٢٥٩ .

(٢) نقض مدنى ٥ يناير سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ٩١ ص ١٦٣ - ٢٣ فبراير سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٦٧ ص ٥١٢ - ٢٩ يناير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٥٨ ص ٤٠٤ - ٢٧ مارس سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ رقم ٣٢ ص ٢٤٣ - ١٥ مارس سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ ص ٤٩٤ - ١٩ يونيه سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ رقم ٧٣ ص ٥٨٧ .

(1) أ - دعوى صحة ونفاذ عقد البيع . مقصودها تنفيذ التزام البائع بنقل الملكية إلى المشترى تنفيذاً عينيا الحصول على حكم يقوم تسجيله مقام تسجيل العقد فى نقل الملكية . لازمة أن يكون البائع مالكا أصلا للعقار المبيع . أثره . ثبوت عدم ملكية البائع للعقار المبيع . وجوب رفض الدعوى أساس ذلك كون البيع غير نافذ فى نقل الملكية إلى المشترى وليس كونه البائع باع ملك غيره .

(جلسة ١٩٩٨/١١/٢٦ الطعن ١٧٦٩ لسنة ٦٢ ق)

(جلسة ١٩٩٨/١١/٢٦ الطعن ١٧٦٩ لسنة ٦٢ ق)

ب - وجوب أن يكون المبيع المحدد فى صحيفة دعوى صحة التعاقد التى يتم تسجيلها والتأشير بمنطوق الحكم الصادر فيها . هو بذاته المبيع الذى كان محلا للبيع .

(جلسة ٢٠٠١/٧/٣ الطعن ٢٤٠١ لسنة ٧٠ ق).

جـ - إن النص فى المادة ٢/١٥ من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ بتنظيم الشهر العقارى على أن يجب تسجيل دعاوى صحة التعاقد على حقوق عينية عقارية . وفى المادة ١٦ منه على أن «يؤشر بمنطوق الحكم النهائى فى الدعاوى المبينة بالمادة السابقة فى ذيل التأشير بالدعوى، أو فى هامش تسجيلها «وفي المادة ١/١٧ منه على ان يترتب على تسجيل الدعاوى المذكورة بالمادة الخامسة عشرة ، أو التأشير بها، أن حق المدعى اذا تقرر بحكم مؤشر به طبق القانون ، يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل الدعاوى أو التأشير بها» وفى الفقرة الثالثة من المادة ١٧ من القانون ذاته المضافة بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٧٦ الذى تقرر العمل بأحكامه اعتباراً من ١٩٦٧/٥/١ على أن «ولا يسرى حكم الفقرة الأولى من هذه المادة على الأحكام التى يتم التأشير بها بعد مضى خمس سنوات من تاريخ صيرورتها نهائية ، أو من تاريخ العمل بهذا القانون أيهما أطول» يدل على أن المشرع أوجب تسجيل صحيفة الدعوى بصحة التعاقد على كل حق عينى عقارى ، ورتب على ذلك أن يكون حق المشترى - رافع الدعوى حجة على كل من ترتبت لهم حقوق عينية على العقار المبيع ابتداء من تاريخ تسجيل الصحيفة ، ودرءاً لاضطراب المعاملات وعدم استقرارها وضع المشرع حدا زمنيا لا يجوز بعده لصاحب الشأن أن يستفيد من هذا الأثر الرجعى ، فاشترط لاحتفاظ المشترى بهذه المزية أن يتم التأشير بمنطوق الحكم الصادر بالصحة والنفاذ خلال خمس سنوات من تاريخ صيرورته نهائيا أو من يوم ١٩٧٦/٥/١ أيهما أطول ، وإلا سقط حقه فى الاحتفاظ بها وزالت الأسبقية التى كانت قد تقررت له من تاريخ تسجيل صحيفة دعواه بقوة القانون، فلا يحاج بها من ترتبت لهم حقوق عينية على العقار المبيع فى تاريخ لاحق لتسجيل الصحيفة .

(جلسة ٢٠٠١/٦/٥ الطعن ٤٧٩٨ لسنة ٦٢ ق)

(جلسة ٢٠٠١/٦/١٧ الطعن ١٥٤٠ لسنة ٧٠ ق)

=

وللقضاء ، فنص صراحة فى المادة ٢/١٥ كما رأينا أنه «يجـب تسجيل دعاوى صحة التعاقد على حقـوق عينيـة عقارية» [1]. ورتب علـى تسجيلها ، كما جاء فى المادة

= د - تمسك البائعة بأن عقد البيع موضوع الدعوى مزور عليها ، عدم تقديم الطاعنة «المشترية» هذا العقد لاتخاذ اجراءات الطعن بالتزوير عليه بمقولة أنه مودع بمكتب الشهر العقارى دون أن تقيم الدليل على استحالة سحبه أو تطلب تمكينها من اثبات ذلك . قضاء الحكم المطعون فيه بعدم قبول دعوى الطاعنة بصحة ونفاذ العقد تأسيسا على عدم تقديمها له دون عذر مقبول ، كفايته لحمل قضائه .

(جلسة ٢٠٠٠/٤/١٩ للطعن ٢٣٩٠ لسنة ٦٣ ق)

هـ - دعوى صحة ونفاذ عقد البيع هى دعوى استحقاق مآلها يقصد بها تنفيذ التزامات البائع التى من شأنها نقل ملكية المبيع إلى المشترى تنفيذاً عينياً والحصول على حكم يقوم تسجيله مقام تسجيل العقد فى نقل الملكية ولا يجاب المشترى إلى طلبه ، إلا إذا كان انتقال الملكية إليه وتسجيل الحكم الذى يصدر فى الدعوى ممكنين ويترتب على ذلك أنه اذا كان البائع قد باع العقار مرة ثانية لمشتر ثان ، وسجل هذا العقد قبل أن يتمكن المشترى الاول من التسجيل أصبح تنفيذ التزام البائع بنقل الملكية إلى المشترى الاول غير ممكن عينا وتحول حق المشترى إلى تعويض.

(جلسة ١٩٨٤/٣/١٣ الطعن ٩٠٠ لسنة ٥٠ ق)

(جلسة ١٩٨٢/٣/١٣ الطعن ٦١ لسنة ٤٩٨ ق س ٣٣ ص ٥٠٨)

(جلسة ١٩٨١/١٢/١٠ الطعن ٨٩٩ لسنة ٤٣ ق س ٣٢ ص ٢٢٥٦)

(جلسة ١٩٧٩/١١/١٥ الطعن ٨٨٠ لسنة ٤٦ ق س ٣٠ ص ٣٧ ع ٣)

(١) ولا يجوز تسجيل عريضة دعوى صحة التعاقد إلا بعد أعلانها وقيدها بجدول المحكمة (م١٥) قانون الشهر ولا يكفى التأشير من مصلحة المساحة على صحيفة الدعوى (نقض مدنى ٨ مايو سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٥٦ ص ١٠٤٢) . والعبرة فى تحديد الأرض المحكوم بإثبات صحة التعاقد فيها هى بما ورد من ذلك فى العقد الذى بيعت بموجبه ، لا بما يكون قد ورد، صحيفة دعوى صحة التعاقد (نقض مدنى مدنى ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٨٦ ص ٢٣٣) .

على أن مجرد تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد لا ينقل الملكية قبل التأشير بالحكم الصادر فيها (نقض مدنى ٢٧ أبريل سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١١٧ ص ٤٦٠ - ١٣ يونيه سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٦٤ ص ٥٧٦) . ولما كانت محكمة النقض لا تأخذ بالأثر الرجعى للتسجيل ، فقد رتبت على أن مجرد تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد لا ينقل الملكية فيما يأتى : (أ) رفض دعوى شفعة رفعها مشتر لم يسجل عقد مشتراه للعقار المشفوع به وإن كان قد سجل صحيفة دعوى صحة التعاقد (٨ نوفمبر سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٦ ص ٣٢) . (ب) سقوط الحق فى الأخذ بالشفعة بمضى أربعة أشهر من يوم تسجيل البيع لا من يوم تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد (٢٠ أبريل سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٠٩ ص ٤٢٥ - ٨ يناير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٤٤ ص ٣٠٩) . (جـ) فى صدد المفاضلة بين أى الملكين ، أرض الشفيع أو أرض المشترى، تعود عليه منفعة أكثر ، يسقط اعتبار الشفيع مالكا لجزء من الأطيان التى يشفع بها على أساس مجرد تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد (٢٣ نوفمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٥ ص ٧٤) - فانسحاب أثر الحكم إلى تاريخ تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد مقصور على حماية رافع الدعوى من الحقوق التى تقرر على العقار بعد تسجيل صحيفة الدعوى (استئناف مصر ٢٩ أبريل سنة ١٩٣٢ المجموعة الرسمية ٣٣ رقم ٢١٣ - الأستاذ محمد كامل مرسى شهر التصرفات فقرة ١٥٩ ص ٢٣٠) .

٢١/١٧ «وأن حق المدعى إذا تقرر بحكم مؤشر به طبق القانون يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل الدعاوى أو التأشير بها» .

ولما كانت دعوى صحة التعاقد الغرض منها ثبوت أن عقد البيـــع قد صدر من البائع صحيحاً نافـذاً وأن هذا العقد لا يزال صحيـحاً نافـذاً وقت صدور الحكم (١) ، فانه يجوز للبائع أن يتقدم فى هذه الدعوى بأى دفع يتعـــارض مع ذلك (1). فيجوز له

(١) لذلك يقع على المشترى عبء إثبات صدور عقد البيع من البائع. ولما كان البيع تصرفاً قانونياً، فلا يجوز إثباته بالبينة أو بالقرائن إلا إذا كان الثمن لا يزيد على خمسمائه جنيه. والغالب أن يقدم المشترى ورقة عرفية بالبيع عليها توقيع من البائع غير مصدق عليه، فيتسع المجال عندئذ للبائع في أن يطعن فى هذه الورقة بالتزوير أو بالبطلان أو بالإبطال أو بالفسخ أو بالانفساخ أو بغير ذلك من أوجه الطعن .

(1) أ – دعوى صحة ونفاذ عقد البيع هى دعوى موضوعية تنصب على حقيقة التعاقد فتتناوله فى نفاذه ومداه وصحته ، وعقد البيع بوصفه من العقود التبادلية يرتب بين عاقديه التزامات متقابلة منها التزام البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشترى والتزام هذا الأخير بدفع الثمن فإذا لم يقم بالوفاء به جاز للبائع أن يدفع الدعوى بعدم تنفيذ المشترى لالتزامه المذكور ويتوقف عن تنفيذ التزامه بنقل الملكية ، فإن استبان عدم الوفاء بالثمن كله أو بعضه كانت الدعوى غير مقبولة .

(جلسة ١٩٨٤/٥/٦ الطعن ١١٧٧ س ٥٠ ق)

(جلسة ١٩٦٧/٣/٣٠ مجموعة أحكام النقض السنة ١٨ ص ٧٤٣)

ب – تمسك المتدخلة فى دعوى صحة التعاقد بطلب رفض الدعوى لبطلان عقد البيع ، يعد تدخلاً خصامياً تطلب به المتدخله لنفسها حقا ذاتيا مرتبطاً بالدعوى الأصلية ويتعين على المحكمة ألا تقضي بصحة التعاقد أو تقبل الصلح بشأنه إلا بعد الفصل فى طلب التدخل رفضا أو قبولا، اعتباراً بأن هذا البحث هو مما يدخل فى صميم الدعوى المطروحة وعلى أساس أن الحكم الذى يصدر بصحة التعاقد أو بالحاق الصلح المبرم بمحضر الجلسة منوط بالتحقق من عدم سلامة دعوى الخصم المتدخل أيا كان السبب وسواء كان مرده إلى تخلف الصفة أو إلى فساد الادعاء .

(جلسة ١٩٩١/١٢/٣١ الطعن ٢٣٠٧ لسنة ٥٦ ق)

(جلسة ١٩٧٥/٢/١٢ الطعن ٥٩ لسنة ٣٩ ق أحوال شخصية س ٢٦ ص ٣٦٤)

(جلسة ١٩٧٠/١٢/٣ مجموعة أحكام النقض السنة ٢١ ص ٢٢١)

جـ – دعوى صحة ونفاذ عقد البيع تتسع لأن يثار فيها كل أسباب بطلان العقد إذ أن من شأن هذا البطلان لو صح أن يحول دون الحكم بصحة العقد وعلى ذلك فان إذا فات الخصم ابداء سبب من هذه الأسباب كان فى استطاعته ابداؤه فى تلك الدعوى ثم حكم بصحة العقد ونفاذه فإن هذا الحكم يكون مانعا لهذا الخصم من رفع دعوى جديدة ببطلان العقد استناداً إلى هذا السبب ، ولا يصح قياس هذه الحالة على صورة رفع دعوى بطلب بطلان عقد لسبب من أسباب البطلان اذ فى هذه الصورة تنحصر وظيفة المحكمة فى بحث هذا السبب وحده فترفضه أو تقبله وهى حين تنتهى إلى رفضه يقتصر قضاؤها على هذا الرفض ولا يتعدى ذلك إلى القضاء بصحة العقد ومن ثم فان حكمها برفض هذا السبب لا يمنع الخصوم من رفع دعوى جديدة بطلب بطلان ذات العقد لسبب آخر من اسباب البطلان أما فى دعوى صحة ونفاذ العقد فالأمـر =

إذن أن يدفع الدعوى بصورية البيع ، أو ببطلانه لانعدام التراضى أو لاستحالة المحل أو لعدم مشروعية السبب أو لغير ذلك من أسباب البطلان (١)(1) . ويجوز له أن يرفع دعوى فرعية بابطال البيع لغلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال ، أو لنقص فى الأهلية . ويجوز له أن يدفع بانفساخ البيع أو عدم نفاذه ، لتحقق شرط فاسخ أو لعدم تحقق شرط واقف أو

=مختلف اذ المحكمـة لا تقف عند رفضه اسباب البطلان التى توجه إلى العقد بل تجاوز ذلك إلى البحث فى صحة العقد ولا تقضى بصحته ونفاذه إلا اذا تحقق لها من الاوراق المقدمة إليها أن التصرف الذى يتناوله العقد صحيح ونافذ .

(جلسة ١٩٩٤/١٠/٢٣ الطعن ٣٦٨٥ لسنة ٥٩ ق)

(جلسة ١٩٦٦/٤/٢١ مجموعة أحكام النقض السنة ١٧ ص ٨٩٩)

(جلسة ١٩٧٢/١١/١٦ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٣ ص١٢٥٠)

(جلسة ١٩٧٣/٤/١٢ الطعن ١١٤ السنة ٣٨ ق س ٢٤ ع٢ ص ٥٩٦)

(جلسة ١٩٧٥/٤/٢٩ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٦ ص ٨٥٠)

(جلسة ١٩٧٥/٥/٨ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٦ ص ٩٤٦)

د – أقامة المشترين مبان على الأرض المبيعة بالمخالفة للاشتراطات المتفق عليها . أمر لاحق للعقد لا يؤثر على صحته أو نفاذه . القضاء بعدم قبول دعواهم بصحة العقد لاخلالهم بالتزامهم العقد . خطأ فى تطبيق القانون .

(جلسة ١٩٩٧/١١/٢٥ الطعن ٢٥١٥ لسنة ٦١ق)

(جلسة ١٩٨٠/٢/٢٧ الطعن ٩٧٠ لسنة ٤٩ ق س ٣١ ح ١ ص ٦١٨).

(1) الفصل فى دعوى صحة ونفاذ العقد يقتضى أن يفصل القاضى فى أمر صحة العقد وبالتالى البيع ، ويتحقق من استيفائه الشروط اللازمة لانعقاده وصحته ، ومن ثم فان تلك الدعوى تتسع لبحث كل ما يثار من اسباب تتعلق بوجود العقد أو انعدامه وبصحته أو بطلانه ، ومنها أنه صورى صورية مطلقة ، اذ من شأن هذه الصورية لو صحت أن يعتبر العقد لا وجود له قانونا ، فتحول دون الحكم بصحته ونفاذه .

(جلسة ١٩٧٨/١١/٢٩ الطعن ٧١٢ لسنة ٤٥ ق)

(جلسة ١٩٧٣/٤/١٢ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٤ ص ٥٩٦)

(جلسة ١٩٦٦/٣/١ مجموعة أحكام النقض السنة ١٧ ص ٤٨٦)

(جلسة ١٩٦٥/٥/١٣ مجموعة أحكام النقض السنة ١٥ ص ٥٧٧)

(جلسة ١٩٥٧/١٠/٣١ مجموعة أحكام النقض السنة ٨ ص ٧٥٩)

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن الثمن ركن من أركان البيع التى يجب التثبت من توافرها قبل الحكم بانعقاده ، وما يجريه قاضي الموضوع من هذا التثبت فى دعوى صحة التعاقد يجب عليه أن يورده فى أسباب حكمه ليقوم هذا الإيراد شاهداً على أنه لم يغفل أمر الركن من أركان العقد المتنازع فيه ، وليمكن به محكمة النقض من أن تأخذ بحقها فى الإشراف على مراعاة أحكام القانون . فإذا كان الحكم الصادر بثبوت حصول البيع بين طرفيه وبالترخيص بتسجيل الحكم ليقوم مقام العقد فى نقل الملكية مجهلا فيه ركن الثمن المقول بأن البيع تم على أساسه ، فإنه يكون مشوباً أسبابه متعيناً نقضه (نقض مدنى ٢٨ فبراير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٢ ص ١١٣) .

لاستحالة التنفيذ أو لغير ذلك من أسباب الانفساخ أو لعدم النفاذ (١). ويجوز له أخيراً أن يرفع دعوى فرعية بفسخ البيع لعدم قيام المشترى بتنفيذ التزاماته (٢)(1).

---

(١) ومن أسباب عدم نفاذ البيع الدفع بعدم تنفيذ العقد ، فإذا لم يقم المشترى بالتزامه من دفع الثمن ورفع مع ذلك على البائع دعوى بصحة التعاقد ، جاز البائع أن يدفع هذه الدعوى بعدم تنفيذ المشترى لالتزامه بدفع الثمن فيتوقف عن تنفيذ التزامه بنقل الملكية ، وفقاً للقواعد المقررة فى الدفع بعدم التنفيذ (نقض مدنى ٢٢ مارس سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٨٢ ص ٤٤٤ – ٢٥ أبريل سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٤٧ ص ٤٥١ – ١٤ نوفمبر سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٨٧ ص ٧٨٩ – الأستاذ عبدالفتاح عبدالباقى فقرة ٩٥ ص ١٥٠ – الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٦٩ ص ١٠٩) .

ومن أسباب إبطال البيع صدوره من محجور عليه دون أن تلحقه الإجازة، فلابد أن تتثبت المحكمة مما إذا كان البيع فى هذه الحالة قد أجيز أو بقى دون إجازة . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا تمسك المشترى رافع دعوى صحة التعاقد ونفاذه بأن ورثة البائع المحجور عليه قد أجازوا البيع بعد وفاته مما يترتب عليه نفاذ العقد الصادر من القيم ولو لم يأذن به المجلس الحسبى، فلم يعرض الحكم لهذا الدفاع، وقضى برفض الدعوى بناء على أن المحجور عليه كان قد توفى فى الوقت الذى صدر فيه إذن المجلس الحسبى ، فإن الحكم يكون قاصر التسبيب متعيناً نقضه (نقض مدنى ١٤ مارس سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٩ ص ١٢٥) .

(1) دعوى صحة ونفاذ عقد البيع تقتضي أن يفصل القاضى فى أمر صحة العقد ، وبالتالى فان تلك الدعوى تتسع لبحث كل ما يثار من أسباب تتعلق بوجود العقد وانعدامه وبصحته أو بطلانه إذ من شأن هذه الأسباب لو صحت أن يعتبر العقد غير موجود قانوناً فيحول دون ذلك دون الحكم بصحته ونفاذه، ولما كان الثابت من الأوراق ان الطاعنين ردوا على دعوى المطعون عليهما المرفوعة بصحة ونفاذ عقد البيع الصادر لهما بان اقاموا دعوى فرعية باعتبار هذا العقد مفسوخا لعدم سداد باقى الثمن فى الميعاد المتفق عليه وكان قضاء محكمة أول درجة باجابة الطاعنين إلى طلبهم فى الدعوى الفرعية يقتضى رفض طلب المطعون عليه الاول فى الدعوى الاصلية فان من شأنه استئناف المطعون عليه الاول لهذا القضاء أن يطرح النزاع بجميع عناصره على المحكمة الاستئنافية فى حدود طلباته واذ طلب المطعون عليه الأول امام محكمة ثانى درجة الغاء الحكم المستأنف والقضاء بصحة ونفاذ عقد البيع موضوع الدعوى، ونعى على الحكم المستأنف قضائه بفسخ عقد البيع فان هذا الطلب يكون قد تضمن حتماً وبطريق اللزم طلب الغاء الحكم الابتدائى فى قضائه بفسخ العقد المذكور .

(جلسة ١٩٧٧/١١/٨ الطعن ١٤٢ لسنة ٤٤ ق)

(جلسة ١٩٨٠/٤/٢٣ مجموعة أحكام النقض السنة ٣١ ص ١١٩٣)

(جلسة ١٩٩٤/٦/٢ الطعن ٧٩٨ لسنة ٦٠ق)

(جلسة ١٩٩٧/١٢/١٦ الطعن ٥٥٠ لسنة ٦٢ ق)

(٢) أما إذا كان البيع منفسخاً فلا حاجة لرفع دعوى فرعية ، ويكفى دفع الدعوى الأصلية بأن البيع منفسخ. كذلك يكفى الدفع بعدم تنفيذ المشترى لالتزاماته ، فيتعين عندئذ على المحكمة أن تبحث أمر قيام المشترى بالتزاماته حتى يكون له الحق فى طلب الحكم بصحة البيع ونفاذه . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان أساس دعوى صحة التعاقد حصول البيع وامتناع البائع عن تنفيذ التزاماته التى من شأنها نقل الملكية إلى المشترى ، وكان المطلوب فيها هو الحكم بإنفاذ هذه الالتزامات جبراً على =

وتتقادم دعوى صحة التعاقد بخمس عشرة سنة من وقت صدور البيع ، شأنها فى ذلك شأن سائر الدعاوى (١).

= البائع، وذلك بالحكم بأن البيع الذى صدر فيه صحيح وبأنه واجب النفاذ عليه وبالإذن فى تسجيل الحكم توسلا لانتقال الملكية ، فهى بحكم هذا الأساس وتلك الطلبات تستلتزم قانوناً من القاضى أن يفصل فى أمر صحة البيع ، ثم يفصل أيضاً فى أمر امتناع البائع عن تنفيذ التزاماته وهل كان له عذر فى هذا الامتناع . وإذا كان من الأعذار الشرعية لعدم وفاء المتعاقد بالتزامه فى العقود التبادلية أن يكون المتعاقد الآخر لم يوف بالتزامه ، فإن هذا يستجر النظر فى أمر قيام المشترى بتنفيذ التزاماته هو ، حتى يكون أو لا يكون له الحق فى مطالبة البائع بتنفيذ التزاماته . وإذا كان محل هذه الأمور يتحتم أن يتعرض لها القاضي للفصل فى الدعوى ، فلا يصح القول بأن نظر المحكمة فيها يكون مقيداً بذات صحة التعاقد فحسب. وكذلك لا يصح القول بأنه على البائع رفع دعوى بطلب الفسخ مستقلة عن الدعوى المرفوعة عليه بصحة التعاقد ، إذ استعمال الحق كما يكون فى صورة دعوى به يرفعها صاحبه يكون فى صورة دفع فى دعوى مرفوعة عليه ، (نقض مدنى ٨ مايو سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٩٩ ص ٤٣٤).

وإذا اشترى شخص عقاراً من غير مالكه ، ورفع على البائع دعوى صحة التعاقد ونفاذه، وجب رفض الدعوى، لا لأن بيع ملك الغير هنا قابل للابطال إذ الإبطال من حق المشترى وحده وهو الذى يرفع الدعوى بصحة التعاقد فيكون رفعه للدعوى إجازة للعقد ، ولكن لأن هذا البيع غير نافذ فى نقل الملكية للمشترى ، ودعوى صحة التعاقد لا تقبل إلا إذا كان من شأن البيع المتمسك به فيها نقل الملكية، ويستوى فى ذلك أن يتدخل المالك الحقيقى فى الدعوى أو لا يتدخل (الأستاذ عبدالفتاح عبدالباقى فقرة ٩٥ ص ١٥٠ – ص ١٥١ – وانظر فى حالة تدخل المالك الحقيقى : نقض مدنى ٨ مايو سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٥٧ ص ١٠٤٦).

فيجوز إذن للمالك الحقيقى أن يتدخل فى دعوى صحة التعاقد ويدفع الدعوى بأن البائع ليس هو المالك ، فلا يسوغ وقف الدعوى حتى يفصل فى الملكية ، بل يجب الفصل فى الملكية فى الدعوى ذاتها (نقض مدنى ٨ مايو سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٥٧ ص ١٠٤٦) . وإذا تمسك أحد الخصوم فى دعوى صحة التعاقد بأنه يملك العقار بالتقادم الطويل ، وجب رفض دعوى صحة التعاقد (نقض مدنى ١٦ أكتوبر سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٣ ص ١١). وإذا تمسك أحد الخصوم فى دعوى صحة التعاقد بملكيته هو للعقار المبيع ، تعين على المحكمة المنظور أمامها الدعوى الفصل فى ذلك ، إذ أن الحكم بصحة التعاقد يتوقف على التحقق من عدم سلامة هذا الدفاع (نقض مدنى ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٢٢٦ ص ١٦٢٤). وقد يكون المالك الحقيقى شخصاً صدر له عقد من البائع وسجل قبل إن يسجل المشترى صحيفة دعوى صحة التعاقد ، فيجب فى هذه الحالة رفض دعوى صحة التعاقد متى كان المشترى الذى سجل أولا حسن النية (نقض مدنى ١٧ ديسمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٣٩ ص ٢٥٧).

(١) غير أنه إذا تسلم المشترى العقار من البائع ، فمن الجائز أن يكون قد تملكه بالتقادم الطويل مدة خمس عشرة سنة . وإذا فرض أن هذه المدة لم تنقض منذ تسلم المشترى العقار، ولكنها انقضت منذ صدور البيع، فهل تسقط دعوى صحة التعاقد بالتقادم وذلك بالرغم من تسلم المشترى للعقار؟ الظاهر أنه يمكن اعتبار تسلم المشترى للعقار قاطعاً لمدة التقادم المسقط ، فلا تسقط دعوى صحة التعاقد إذا كان المشترى قد تسلم العقار قبل انقضاء خمس عشرة سنة من وقت صدور البيع (انظر فى هذا المعنى الدكتور محمود شوقى فى الشهر العقارى علماً وعملا ص ٢٠٠) .

وكما يجوز للمشترى رفع هذه الدعوى على البائع ، يجوز له أيضاً أن يرفعها على وارث البائع بعد موت البائع ، باعتبار أن الوارث يمثل التركة وأن التزام البائع بنقل الملكية باق بعد موت البائع فى تركته . ومن ثم لا يجوز لوارث البائع أن يحتج على المشترى بعدم تسجيل العقد الصادر له من المورث [1]، ويجوز لوارث المشترى أن يرفع دعوى صحة البائع أو على وارثه . على الوجه الذى قدمناه [2].

وإذا كان المشترى قد اشترى من بائع عقده لم يسجل ، فللمشترى أن يدفع باسم البائع له دعوى صحة التعاقد على البائع للبائع (1)، حتى يتمكن – بعد تسجيل الدعوى

(١) نقض مدنى ٢٣ يناير سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ٩٥ ص ٣٠٦ – كذلك لا يجوز لدائنى تركة البائع أن يتمسكوا ضد المشترى بعدم تسجيل البيع . فإذا مات البائع قبل الوفاء بتعهده بنقل الملكية ، لم يكن لدائنه العادى أن يدعى فى مواجهة المشترى أى حق على العقار المبيع يتنافى مع تعهد البائع ، ولا يجوز لهذا الدائن إجراء التنفيذ على العقار باعتبار أنه كان مملوكاً للمورث وقت وفاته، خصوصاً إذا كان المشترى قد سجل حكماً صدر له على الورثة بصحة التعاقد قبل اتخاذ إجراءات التنفيذ (نقض مدنى ٢ مارس سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٠٥ ص ٢٦٩).

ويجوز رفع دعوى صحة التعاقد على المتقاسمين مع البائع قسمة أفرزت المبيع (نقض مدنى ٥ فبراير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٦٤ ص ٤٤٩).

(٢) نقض مدنى ٢٣ يناير سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ٩٥ ص ٣٠٦ وقد سبقت الإشارة إليه . وقضت أيضاً محكمة النقض بأن طلب ورثة المشترى لعقار صحة ونفاذ البيع الذى عقده مورثهم لا يجعل موضوع الدعوى فى جميع الأحوال غير قابل للتجزئة ، إذ مثل هذه الدعوى التى يقصد منها أن تكون دعوى استحقاق مآلا يعتبر فى الأصل قابلا للتجزئة لكل وارث أن يطالب بحصته فى المبيع مساوية لحصته الميراثية ، وذلك ما لم يكن محل العقد غير قابل للتجزئة لطبيعته أو لمفهوم قصد المتعاقدين (نقض مدنى أول مارس سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٧٣ ص ٣٩٤) . ولكن يبدو أن للبائع فى هذه الحالة أن يدفع دعوى أحد الورثة بعدم جواز تفرق الصفقة ، فيطلب تنفيذ البيع بأكمله ويتقاضى كل الثمن من التركة . وقضت محكمة النقض أيضاً بأنه يجوز تقرر عدم التجزئة بإرادة المتبايعين، فاذا اشترى شخص قطعتى أرض منفصلتين الواحدة عن الأخرى بعقد بيع واحد، وتعهد بوفاء دين قطعة مما يتبقى من ثمن الثانية ، واتضحت رغبة البائع فى التخلص من ديونه دفعة واحدة ببيع قطعتى الأرض على السواء لمشتر واحد يكمل من باقى ثمن إحداهما ما على الأخرى لنفس الدائن، وجب رفض الحكم بصحة ونفاذ عقد البيع بالنسبة إلى إحدى القطعتين لعدم القابلية للتجزئة (نقض مدنى ٢٢ مارس سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٨٢ ص ٤٤٤).

هذا ويجوز لدائنى المشترى رفع دعوى صحة التعاقد باسم المشترى مدينهم إذا أهمل هذا فى رفعها (الأستاذ عبدالمنعم البدراوى فقرة ٢٢١ ص ٧٦٠) .

(1) أ – استناد بائع العقار إلى وضع اليد المدة الطويلة المكسبة للملكية . مؤداه . انتقالها إلى المشترى منه يعدو ممكنا إذا ما سجل الأخير الحكم بصحة ونفاذ عقد البيع الصادر له . قضاء الحكم المطعون فيه بعدم قبول الدعوى تأسيساً على أن المشترى لم يختصم فيها البائع للبائع له . قصور .

(جلسة ١٩٩٨/٣/٨ الطعن ١٥٨١ لسنة ٦٤ ق)

ب– المقصود بدعوى صحة ونفاذ عقد البيع هو تنفيذ التزامات البائع التى من شأنها نقل الملكية =

والتأشير بالحكم – أن يسجل عقد البيع الصادر له من البائع أو أن يحصل على حكم بصحة التعاقد له هو من البائع [1].

٢٧٤ مكرر : أصدر المشرع المصرى القانون رقم ٦ لسنة ١٩٩١ وتضمن اضافة فقرة ثانية للمادة ٦٥ من قانون المرافعات على النحو التالى : «ولا تقبل دعوى صحة التعاقد على حق من الحقوق العينية العقارية إلا إذ أشهرت صحيفتها».

كما تناول المادة ٦٥ مرافعات بالتعديل بالقانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩ وقضت فقرتها الأخيرة «بعدم قبول دعوى صحة التعاقد على حق من الحقوق العينية العقارية إلا إذا أشهرت صحيفتها» ، فقد لاحظ المشرع أن اغلب المتعاملين فى الحقوق العينية العقارية وخاصة عقود بيع العقارات يحجمون عن تسجيل الحقوق التى تلقوها كما يوجب ذلك قانون الشهر العقارى رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ ، واستعاضوا عن ذلك برفع

= إلى المشترى والحصول على حكم يقوم تسجيله مقام تسجيل العقد فى نقل الملكية ، فالمشترى لا يجاب إلى طلبه إلا إذا كان انتقال الملكية إليه وتسجيل الحكم الذى يصدر له فى الدعوى ممكنين ، فاذا كانت الملكية لم تنتقل إلى البائع له لان عقد شرائه لم يسجل وجب على المشترى أن يختصم فى دعواه البائع للبائع له ليطلب الحكم بصحة العقد الصادر منه وإلا كانت دعوى المشترى بصحة تعاقده قبل أن يسجل البائع له عقد شرائه غير مقبوله .

(جلسة ١٩٨٦/١/١٢ الطعن ١٦٨٤ لسنة ٥١ ق)

(جلسة ١٩٨٤/١٢/٢٠ الطعن ١١٢٩ لسنة ٥١ ق س ٣٥ ص ٢١٨٢)

(جلسة ١٩٨١/٤/١٤ الطعن ١٠ لسنة ٤٦ ق س ٣٢ ص ١١٢٢)

(جلسة ١٩٦٩/٤/٣ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٠ ص ٥٧١)

جـ – للدائن عملا بالمادتين ٢٣٥ ، ٢٣٦ من القانون المدنى أن يستعمل حق مدينه باعتباره نائبا عنه ، ومن ثم فإن للمشترى أو المحال إليه من بائع لم تنتقل إليه الملكية لعدم تسجيل عقد شرائه أن يستعمل حق البائع له فى طلب الحكم بصحة ونفاذ هذا العقد .

(جلسة ١٩٨٦/١/٢١ الطعون ارقام ٦٥١ لسنة ٥١ ق، ٣١٥، ٣٢٨ لسنة ٥٣ ق)

(١) نقض مدنى ٦ أبريل سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١١٩ ص ٣١٧ – ٢٠ أبريل سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٢٢ ص ٣٣٠ – الأستاذ عبدالفتاح عبدالباقى فقرة ٩٧ – الأستاذ عبدالمنعم البدرواى فقرة ٢٢١ ص ٣٦٠ – ٣٦١) . وقضت محكمة النقض بأن المشترى من مشتر لم يسجل عقده لا يستطيع أن يكلف البائع الأصلى بالتوقيع له على عقد بيع صالح للتسجيل إذ هو لم يتعاقد معه، بل كل ماله – حتى لو قيل بوجود حق مباشر له قبله – هو أن يطلب منه التوقيع على عقد بيع صالح التسجيل لمن اشترى منه (نقض مدنى ١٦ أبريل سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٢٩ ص ٨٨٠) – وإذا رفع المشترى الدعوى على كل من البائع والبائع للبائع ، فصل فى هذه الدعوى فى صحة العقدين ، العقد الصادر من بائع البائع للبائع والعقد الصادر من البائع للمشترى ، كما أن كل الحقوق التى كسبها البائع من بائعه تنتقل إلى المشترى منه (نقض مدنى ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض٣ ص ٣٠١) .

دعاوى صحة ونفاذ العقود المبرمة بشأن هذه التصرفات مما أدى إلى تزايد عدد القضايا أمام المحاكم ، وأدى اتباع هذا الطريق إلى عدم تسجيل هذه التصرفات مما يترتب عليه ضياع الرسوم الواجبة للدولة بالاضافة إلى ما يشيعه عدم تسجيل هذه التصرفات من زعزعة فى أسس الملكية العقارية التى استهدف المشرع بموجب قانون الشهر العقارى رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ تدعيم أركانها وتوفير الاستقرار لها .

فأضاف المشرع فقرة أخيرة للمادة ٦٥ من قانون المرافعات بعدم قبول دعوى صحة التعاقد على حقوق عينية عقارية إلا إذا سجلت صحيفتها .

وهذا الحكم اقتضى اضافة نص جديد إلى القانون رقم ٧٠ لسنة ١٩٦٤ فى شأن رسوم التوثيق والشهر ، برقم ٢٤ مكررا يوجب على المدعى عند تسجيل صحيفة دعوى التعاقد على حقوق عينية عقارية أو عند شهر طلب عارض أو طلب تدخل أو طلب اثبات اتفاق يتضمن صحة التعاقد على حق من هذه الحقوق أداء أمانة قضائية تورد لخزينة المحكمة المختصة على ذمة شهر الحكم الذى يصدر فى الدعوى أو الطلب مقدارها ٢٥٪ من قيمة الرسم النسبى المستحق على شهر الحكم ، وتخصم قيمة هذه الأمانة من الرسم النسبى المستحق عن ذلك الشهر .

وفى حالة القضاء نهائياً برفض الدعوى أو عدم قبولها أو اعتبارها كأن لم تكن أو تركها أو سقوط الخصومة فيها أو فى حالة عدم شهر الحكم لتخلف أحد الشروط اللازمة قانونا لشهره والتى لا دخل لإرادة طالب الشهر فيها ، يمحى ما تم من شهر ، ويعتبر كأن لم يكن ، وترد الامانة بغير رسوم .

وأضاف القانون رقم ٦ لسنة ١٩٩١ فقرة ثانية إلى المادة ١٠٣ من قانون المرافعات» ومع ذلك فإذا كان طلب الخصوم يتضمن إثبات اتفاقهم على صحة التعاقد على حق من الحقوق العينية العقارية ، فلا يحكم بإلحاق ما اتفقوا عليه -كتابه أو شفاهة- بمحضر الجلسة إلا إذا تم شهر الاتفاق المكتوب أو صورة رسمية من محضر الجلسة الذى أثبت فيه الاتفاق» .

كما أضاف القانون رقم ٦ لسنة ١٩٩١ مادة جديدة برقم ١٢٦ مكررا إلى قانون المرافعات نصها كالآتى : «لا يقبل الطلب العارض أو طلب التدخل إذا كان محله صحة التعاقد على حق من الحقوق العينية العقارية إلا إذا تم شهر صحيفة هذا الطلب أو صورة رسمية من محضر الجلسة الذى أثبت فيه» .

٢٧٥ - دعوى صحة التوقيع : على أن المشترى قد يكون فى يده ورقة عرفية بالبيع موقعة من البائع بامضائه أو ختمه أو بصمة أصبعه ، ويمتنع البائع مع ذلك من الذهاب إلى الجهة المختصة للتصديق على توقيعه تمهيداً للتسجيل. وقد قدمنا أن للمشترى ، حتى فى هذه الحالة ، أن يرفع دعوى صحة التعاقد ، فيصل بها إلى الحكم بصحة ونفاذ البيع على النحو الذى قدمناه . إلا أنه قد يقنع فى هذه الحالة بدعوى أكثر يسراً ، ولكنها أقل

شأناً، وهى دعوى صحة التوقيع . وقد استعار العمل هذه الدعوى من دعوى تحقيق الخطوط الأصلية المعروفة فى تقنين المرافعات .

فيجوز للمشترى أن يختصم البائع ليقر أن الورقة العرفية هى بامضائه أو بختمه أو ببصمة أصبعه ، ويكن ذلك بدعوى أصلية بالإجراءات المعتادة للدعاوى (1). فاذا حضر البائع وأقر أو سكت أو لم ينكر توقيعه أو لم ينسبه إلى سواه ، اعتبرته المحكمة مقراً بتوقيعه على ورقة البيع ، وتكون جميع مصروفات دعوى صحة التوقيع على المشترى. أما إذا لم يحضر البائع ، حكمت المحكمة فى غيبته بصحة التوقيع ، ويجوز له أن يعارض فى هذا الحكم فى جميع الأحوال . وإذا حضر البائع وأنكر التوقيع أو نسبة إلى سواه ، اتخذت المحكمة الإجراءات التى رسمها قانون الاثبات فى المواد ٣٠ - ٤٤ لتحقيق التوقيع والحكم بصحته أو برد الورقة (أنظر المواد ٤٥ - ٤٨ من قانون الاثبات) . ومتى صدر الحكم بصحة التوقيع ، سواء باقرار البائع أو بعد التحقيق ، اعتبرت ورقة البيع العرفية هى والحكم بصحة التوقيع بمثابة عقد بيع مصدق فيه على الأمضاء ، فإذا سجلا معاً انتقلت الملكية إلى المشترى(١) .

---

(1) من المقرر أن الحكم الصادر بصحة التوقيع تقتصر حجيته على صحة التوقيع ولا يتعدى أثره إلى صحة التزامات الطرفين الناشئة عن العقد وأن عدم توقيع الطاعنة على العقد لا يستتبع بطريق اللزوم أن التصرف المثبت فيه لم يصدر منها ، ومن ثم فإن الحكم السابق لا يمنع من نظر دعوى صحة إنعقاد البيع لاختلاف موضوع كل من الدعويين .

(جلسة ١٩٩١/٢/٢٧ الطعنان ٣٩٦ لسنة ٥٧ ، ٢٣٩٢ لسنة ٥٨ ق)

(جلسة ١٩٩٠/٢/٨ الطعن ١٥٢٠ لسنة ٥٧ ق)

(جلسة ١٩٨٠/١/٣١ الطعن ١٤٥١ لسنة ٤٨ ق س ٣١ ص ٣٦٦)

(١) مع ملاحظة أن يرفق المشترى هذين السندين بالمستندات والأوراق المثبتة لأصل ملكية البائع ، كما هو الأمر فى تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد .

وقد جرى المتعاملون على رفع دعوى صحة التوقيع فى عهد قانون التسجيل، وكثيراً ما كانت تستعمل هذه الدعوى للاغتصاب ، فيتواطأ شخصان على كتابة ورقة عرفية يبيع فيها أحدهما للآخر عقاراً مملوكاً للغير ، ثم يرفع المشترى على البائع دعوى صحة التوقيع ، فيقر البائع بصحة توقيعه أو يغيب، فيحصل المشترى على حكم بصحة التوقيع يسجله مع عقد البيع العرفى . ومن أجل ذلك لم يذكر قانون الشهر العقارى دعاوى التوقيع من بين الدعوى التى تسجل صحائفها .

ويقول الدكتور محمد شوقى فى هذا الصدد : «وقد كانت الأسباب التى سبق أن سردناها داعية إلى ألا يقر قانون الشهر العقارى دعاوى صحة التوقيع ، فاستبعد هذه الدعاوى من المحررات الواجب شهرها، فاستتبع ذلك عدم شهر الأحكام الصادر فيها . وعلى ذلك فقد امتنعت مكاتب الشهر عن شهر أى حكم بصحة التوقيع صدر بعد أول يناير سنة ١٩٤٧ ، حتى ولو كانت الدعوى قد أقيمت قبل ذلك التاريخ إذ كان من الميسور للمدعى فيها تعديل طلبه إلى صحة التعاقد الصادر إليه إن كان جاداً فى دعواه» (الشهر العقارى علما وعملا ص ١٩٣) . =

ولما كان الغرض من دعوى صحة التوقيع هو مجرد ثبوت أن التوقيع الموضوع على ورقة البيع هو توقيع البائع ، فان لا تجوز المناقشة في هذه الدعوى فى أمر صحة التعاقد ونفاذه كما هو الأمر في دعوى صحة التعاقد فيما قدمنا (I). فلا يطلب من المشترى إلا إثبات صحة توقيع البائع على الورقة العرفية، ولا يجوز للبائع بعد أن تثبت صحة توقيعه أن يطعن في البيع بأنه باطل أو قابل للإبطال أو أنه قد انفسخ أو أن هناك محلا لفسخه أو أنه غير نافذ لأى سبب من الأسباب (١)، فكل هذه مسائل لا شأن لدعوى صحة التوقيع

= وجاء في المذكرة الايضاحية لمشروع قانون الشهر العقاري : «كما أن النص (م ١٥) قد استبعد من المحررات الواجب شهرها دعاوى صحة التوقيع» . أنظر أيضا الأستاذ محمد على إمام ص ٢٩١ - ٢٩٢.

ومهما يكن من أمر فإن دعوى صحة التوقيع كانت مألوفة في عهد قانون التسجيل كما قدمنا، ولا يوجد في القواعد العامة ما يمنع من رفعها حتى الآن ، ولكنها إذا رفعت لم يجز تسجيل صحيفتها، ويعارض مكتب الشهر في تسجيل الحكم الصادر فيها . ولكن إذا سجل هذا الحكم مع ورقة البيع العرفية ، كان هذا بمثابة تسجيل عقد البيع ، وانتقلت الملكية للمشترى . وقد قضت محكمة النقض بأنه لما كان الغرض من دعوى صحة التوقيع إنما هو الحصول على حكم يقوم مقام تصديق الموظف المختص على توقيع البائع أمامه على عقد البيع ، فإن هذه الدعوى لا يفيد تسجيلها شيئاً، بل لابد من تسجيل الحكم بصحة توقيع البائع على البيع حتى ينتج التسجيل أثره في نقل الملكية وحتى يمكن الاحتجاج به من تاريخ التسجيل (نقض مدنى ٢١ أبريل سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١٣٤ ص١٠٣٢ - وانظر أيضا : نقض مدنى ٦ أبريل سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١١٧ ص ٣٠٧) . وقضت محكمة النقض أيضا بأن دعوى صحة التوقيع ودعوى صحة التعاقد حكمها سواء من حيث أثر تسجيل الحكم الصادر في كل منهما ، وإذن فالعقد المحكوم بصحة التوقيع عليه يعتبر من تاريخ التسجيل بمثابة العقد المسجل (نقض مدنى ١٧ مارس سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٩٥ ص ٧٣٣ - وانظر أيضاً أستئناف مصر ٢٣ فبراير سنة ١٩٣٢ المجموعة الرسمية ٣٣ رقم ٢٤٦ - ٢ مارس سنة ١٩٣٧ المجموعة الرسمية ٣٨ رقم ١٣٦ - ٢٣ سنة ١٩٣٧ المجموعة الرسمية ٣٨ رقم ١٧٠).

(١) قارن محكمة استئناف أسيوط ١٤ مايو سنة ١٩٣٨ المجموعة الرسمية ٣٩ رقم ١٩٥ (حيث أجازت في دعوى صحة التوقيع أن يدفعها البائع بأن المشترى لم يدفع الثمن المستحق) .

(I) أ - دعوى صحة التوقيع يمتنع على القاضي فيها التعرض للتصرف المدون في الورقة من جهة صحته أو بطلانه ونفاذه . الحكم الصادر فيها لا ينصب إلا على التوقيع الموقع به على الورقة تسجيل الحكم بصحة التوقيع تسجيل للعقد ذاته ولا يمنع أطرافه من التمسك من بعد ببطلانه .

(جلسة ١٩٩٤/١/١٣ الطعن ٢٩٣٢ لسنة ٥٧ ق)

(جلسة ١٩٥٢/٣/٦ الطعن ١٠٦ لسنة ٢٠ ق س ٣ ص ٦٤٠)

(جلسة ١٩٥١/٥/٣ الطعن ٨٨ لسنة ١٩ ق)

ب - دعوى صحة التوقيع ليست إلا دعوى تحفظية شرعت ليطمئن من بيده سند عرفى على آخر إلى أن الموقع على ذلك السند لن يستطيع بعد صدور الحكم بصحة توقيعه أن ينازع في صحته ويمتنع على القاضي وهذه ماهيتها ، أن يتعرض للتصرف المدون في الورقة من جهة صحته أو بطلانه ونفاذه أو =

بها، ومحل بحثها يكون في دعوى صحة التعاقد كما سبق القول . ذلك أن الحكم بصحة التوقيع لا يستفاد منه غير أن التوقيع الموضوع على ورقة البيع هو توقيع البائع ، فلا يفيد هذا الحكم أن البيع صحيح نافذ . ومن ثم كان تسجيل البيع مصحوباً بحكم صحة التوقيع غير مانع للبائع بعد ذلك من الطعن فيه بجميع الطعون المتقدمة الذكر في دعوى مستقلة يرفعها على المشترى (١) .

وتتقادم دعوى صحة التوقيع بخمس عشرة سنة من تاريخ توقيع الورثة ، شأنها في ذلك شأن سائر الدعاوى ، فيسقط حق المشترى في إثبات صحة التوقيع . يؤيد ذلك ما ورد في المادة ٤٤ من قانون الاثبات من أنه «إذا قضت المحكمة بصحة الورقة أو بردها أو قضت بسقوط الحق في إثبات صحتها ، أخذت في نظر موضوع الدعوى في الحال أو حددت لنظره أقرب جلسة» .

وكما يجوز للمشترى رفع دعوى صحة التوقيع على البائع، يجوز له أيضاً رفعها على وارث البائع إذا كان البائع قد مات. غير أنه إذا أنكر وارث البائع توقيع ورثة على ورقة البيع وانكر خط مورثه في الورقة كلها ، لم يعد المشترى يستطيع أن يقدم لإثبات صحة التوقيع من أوراق المضاهاة إلا خط البائع أو امضاءه أو ختمه أو بصمة أصبعه الموضوع على أوراق رسمية . ذلك أن المادة ٣٧ من قانون الاثبات تنص على أنه «لا يقبل للمضاهاة في حالة عدم اتفاق الخصوم إلا: (١) الخط أو الامضاء أو الختم أو بصمة الأصبع الموضوع على أوراق رسمية. (٢) الجزء الذى يعترف الخصم بصحته من الورقة

= توقفه وتقدير الحقوق المترتبة عليه فالحكم الصادر فيها إلا على التوقيع الموقع به على الورقة = وإذن فمتى كان الحكم المطعون فى قد مكن المطعون عليهما من اثبات أن التاريخ الوارد بعقد البيع يعتبر البيع المقول بصدوره من مورثهما في فترة مرض موته إلى أخيها الطاعن غير صحيح ، فا[illegible] الطعن عليه بالخطأ في تطبيق القانون استناداً إلى أن تاريخ العقد سبق أن حدده الحكم النهائي الصاد[illegible] في مواجهة المطعون عليها بصحة توقيع البائع وأنه لم يكن يجوز للمحكمة بعد ذلك أن تصرح له[illegible] بالطعن فيه يكون على غير أساس .

(جلسة ١٩٥١/٥/٣ مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض في الـ٢٥ عاما ، ١١٠-٦٤٠

(جلسة ١٩٥٢/٣/٦ مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض في الـ٢٥ عاما ، ١١ - ٦٤١

(جلسة ١٩٧٤/١١/١٩ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٥ ص ١٢٥٠)

(جلسة ١٩٨٨/١١/٣٠ الطعن ٣٥٠ لسنة ٥٧ ق)

(جلسة ١٩٩١/٢/٢٧ الطعنان ٣٩٦ لسنة ٥٧ق ، ٢٣٩ لسنة ٥٨ ق)

(جلسة ١٩٩٢/٣/١٢ الطعن ٢٥٩٩ لسنة ٥٨ ق)

(١) نقض مدنى ٢٤ مايو سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٣٦ ص ٨٤٩ - ١٣ مار[illegible] سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض رقم ١١٠ ص ٦٤٠ .

المقتضى تحقيقها . (٣) خطة أو امضاؤه الذى يكتبه أمام القاضى أو البصمة التى يطبعها أمامه» . وبعد موت البائع لم يعد ممكناً استكتابه ، ولم يعد ممكناً صدور اعتراف منه بجزء من ورقة البيع وقد أنكرها الوارث كلها ، فلا يبقى للمضاهاة إلا الأوراق الرسمية الموضوع فيها خط البائع أو توقيعه إذا وجدت هذه الأوراق . ويجوز لوارث المشترى أن يرفع دعوى صحة التوقيع على البائع أو على وارثه ، على الوجه الذى قدمناه .

وإذا كان المشترى قد اشترى من بائع لم يسجل عقده ، فالظاهر أن هذا الأمر يتعلق بصحة أصل ملكية البائع ، فلا يجوز للمشترى أن يكتفى برفع دعوى صحة التوقيع على البائع للبائع باسم البائع ، بل يجب أن يرفع عليه باسم البائع دعوى صحة التعاقد على الوجه الذى أسلفناه (١).

ويخلص مما قدمناه أن هناك فروقاً جوهرية بين دعوى صحة التعاقد ودعوى صحة التوقيع تتلخص فيما يأتى :

(١) المطلوب فى دعوى صحة التعاقد هو إثبات صدور عقد البيع من البائع وأنه بيع صحيح نافذ وقت صدور الحكم ، أما المطلوب فى دعوى صحة التوقيع فهو مجرد إثبات أن التوقيع الذى تحمله ورقة البيع العرفية هو توقيع البائع .

(٢) ويترتب على ذلك أن البائع فى دعوى صحة التعاقد يستطيع أن يطعن فى البيع بالبطلان أو الابطال أو الفسخ أو الانفساخ أو عدم النفاذ لأى سبب ولا يستطيع ذلك فى دعوى صحة التوقيع (1).

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢٧٤ .

(1) أ – دعوى صحة ونفاذ العقد هى دعوى موضوعية تمتد سلطة المحكمة فيها إلى بحث موضوع العقد ومداه ونفاذ وتستلزم أن يكون من شأن البيع موضوع التعاقد نقل الملكية حتى اذا ما سجل الحكم قام تسجيله مقام تسجيل العقد فى نقلها ، وهذا يقتضى ان يفصل القاضى فى أمر صحة العقد وبالتالى فان تلك الدعوى تتسع لبحث كل ما يثار من اسباب تتعلق بوجود العقد وانعدامه وصحته أو بطلانه ومنها أنه غير جدى أو حصل التنازل عنه اذ من شأن هذه الاسباب لو صحت أن يعتبر العقد غير موجود قانونا فيحول ذلك دون الحكم بصحته ونفاذه ، ومن ثم فلا صحة للقول بان ولاية القاضى فى هذه الدعوى قاصرة على فحص ما إذا كان التصرف فى المال موضوع النزاع قد صدر أم لم يصدر، اذ هى تختلف عن دعوى صحة التوقيع التى لا تعدو أن تكون دعوى تحفظية الغرض منها تطمين من بيده سند عرفى إلى أن صاحب التوقيع عليه لا يستطيع بعد الحكم فيها بصحة توقيع أن ينازع فى التوقيع ويمتنع فيها على القاضى أن يتعرض للتصرف المدون فى السند من جهة صحته وعدم صحته ووجوده أو انعدامه وزواله بل يقتصر بحكمه على صحة التوقيع فقط .

(جلسة ١٩٨٤/١٢/٢٧ الطعن ١٧٦١ لسنة ٥٠ ق)

(جلسة ١٩٧٠/٢/٢٦ مجموعة أحكام النقض السنة ٢١ ص ٣٦٨)

(جلسة ١٩٦٦/٣/١ مجموعة أحكام النقض السنة ١٧ ص ٤٨٦) =

ويترتب على ذلك أيضاً أن الحكم بصحة التعاقد يجعل البيع فى مأمن من أن يطعن فيه فيما بعد بالطعون المتقدم ذكرها ، أما الحكم بصحة التوقيع فلا يمنع من الطعن فى البيع بجميع أوجه الطعن المتقدمة الذكر .

(٤) ويجوز للمشترى أن يرفع باسم البائع على البائع للبائع دعوى صحة التعاقد، ولا يجوز أن يرفع دعوى صحة التوقيع .

(٥) وهناك أخيراً فرق هام يتعلق بتسجيل صحيفة الدعوى. فقد رأينا أن دعوى صحة التعاقد تسجل صحيفتها ، ومن وقت تسجيلها لا يستطيع البائع أن يتصرف العقار، حتى إذا صدر الحكم بصحة التعاقد وأشر به المستوى على هامش تسجيل صحيفة الدعوى، أصبح أى تصرف صادر من البائع من وقت تسجيل صحيفة الدعوى غير نافذ فى حق المشترى. أما دعوى صحة التوقيع فليست من الدعاوى التى تسجل صحفها، وإذا سجلت فليس لتسجيلها أثر من ناحية عدم الاحتجاج بتصرف يصدر من البائع. والعبرة فيها بصدور حكم بصحة التوقيع وتسجيل الورقة العرفية مع هذا الحكم ، ومن وقت هذا التسجيل فقط لا ينفذ فى حق المشترى أى تصرف يصدر من البائع ويسجل بعد تسجيل المشترى لعقده مصحوباً بالحكم (١)(1) . فاذا تصرف البائع لمشتر آخر بعد رفع دعوى

= (جلسة ١٩٦٥/٥/١٣ مجموعة أحكام النقض السنة ١٦ ص ٥٧٧)

(ب) تدخل الطاعن فى دعوى صحة ونفاذ عند البيع المقامه من المطعون ضده الأول باعتباره مشترياً لعين النزاع من ذات البائعة له . تمسكه بصورية عقد البيع موضوع الدعوى صورية مطلقة . وكانت الدعوى بصحة ونفاذ العقد تتسع لبحث كل ما يثار من اسباب تتعلق بوجود العقد أو انعدامه وبصحته وإن من شأن الصورية لو صحت أن يعتمد العقد لا وجود له تتحول دون الحكم بصحته ونفاذه فإن الحكم المطعون فيه اذ انتهى إلى رفض هذا الدفاع لانتفاء مصلحته فيه بعدم انتقال ملكية المبيع خطأ مقصود .

(جلسة ٢٠٠٠/٥/٢ الطعن ٦٥٩٧ لسنة ٦٢ق)

(1) لما كان الغرض من دعوى صحة التوقيع انما هو الحصول على حكم يقوم مقام تصديق الموظف المختص على توقيع البائع أمامه على عقد البيع فإن هذه الدعوى على خلاف دعوى التعاقد لا يفيد تسجيل صحيفتها شيئا بل لابد فيها من تسجيل الحكم بصحة توقيع البائع على البيع حتى ينتج التسجيل اثره فى نقل الملكية وحتى يمكن الاحتجاج به من تاريخ هذا التسجيل.

(جلسة ١٩٥٥/٤/٢١ الطعن ١٠٥ لسنة ٢٢ ق)

(١) وقد قضت محكمة النقض فى عهد قانون التسجيل بأن دعوى صحة التعاقد هى دعوى موضوعية تنصب على حقيقة التعاقد ، فتتناول محله ومداه ونفاذه . والحكم الذى يصدر فيها يكون مقرراً لكافة ما انعقد عليه الرضاء بين المتعاقدين بغير حاجة معه إلى الرجوع إلى الورقة التى أثبت فيها التعاقد أولا . وهى بماهيتها هذه تعتبر دعوى استحقاق مآلا ، وتدخل ضمن الدعاوى الوارد ذكرها فى المادة السابقة من قانون التسجيل . أما دعوى صحة التوقيع فهى دعوى تحفظية شرعت لتطمئن من بيده سند عرفى على آخر إلى أن الموقع على هذا السند لن يستطيع ، بعد صدور الحكم بصحة =

=توقيعه، أن ينازع في صحته . وهي ، بالغرض الذى شرعت له وبالإجراءات المرسومة لها في قانون المرافعات ، يمتنع على القاضى فيها أن يتعرض للتصرف المدون في الورقة من جهة صحته أو بطلانه أو نفاذه أو توقفه وتقرير الحقوق المترتبة عليه . فالحكم الصادر فيها لا ينصب إلا على التوقيع الموقع به على الورقة . ولئن كان يجوز تسجيل هذا الحكم على اعتبار أنه من الملحقات المكملة لعقد البيع بشرط أن يكون هذا العقد مستوفياً للبيانات المطلوبة في المادة الثانية من قانون التسجيل، وبشرط أن تراعى المحكمة عند الحكم بصحة التوقيع أحكام القانون رقم ٢٨ لسنة ١٩٢٨ ، إلا أن هذا التسجيل لا يعدو أثره الأثر لتسجيل العقد العرفي المصدق من أحد الموظفين أو المأمورين العموميين طبقاً للمادة السادسة من قانون التسجيل على الأمضاءات الموقع بها عليه . ولذلك فإنه ليس لصاحبه به وجه أفضلية إلا من تاريخ التسجيل من غير أن يكون له أثر رجعي مبتدئ من تاريخ تسجيل صحيفة دعوى صحة التوقيع . وإذن فدعوى صحة التوقيع ، وهذه ماهيتها ، لا تدخل ضمن الدعاوى المشار إليها في المادة السابعة المذكورة ، وبالتالى فتسجيل صحيفتها لا يترتب عليه ما يترتب على تسجيل عرائض تلك الدعاوى (نقض مدنى ٢٣ فبراير سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٦٧ ص ٥١٢) .

وقضت محكمة النقض أيضاً بأن دعوى صحة التعاقد دون دعوى صحة التوقيع هى التى تعتبر من دعاوى الاستحقاق المنصوص في المادة السابعة من قانون التسجيل على أن تسجيل صحيفتها يحفظ لرافعها حقوقه ، حتى إذا حكم له فيها بطلباته وتأشر بهذا الحكم وفقاً للقانون ، فإن الحكم ينسحب أثره إلى يوم تسجيل صحيفة الدعوى ، ويكون هذا التسجيل مفضلا على تسجيل لاحق له . أما دعوى صحة التوقيع فلا تعدو أن تكون دعوى تحفظية الغرض منها تطمين من يكون بيده سند عرف إلى أن صاحب التوقيع عليه لا يستطيع بعد الحكم فيها بصحة توقيعه أن ينازع في التوقيع . وهي بهذا الغرض الذى شرعت له وبالإجراءات المرسومة لها تمتنع على القاضى فيها أن يتعرض للتصرف المدون في السند من جهة صحته وعدم صحته ، فالحكم الصادر فيها لا ينصب إلا على التوقيع فقط ، ولذلك فهى لاتدخل ضمن دعاوى الاستحقاق السابقة الذكر . والمناط في تكييف الدعوى. هل هى تدخل في دعاوى الاستحقاق مآلا أم هى إجراء تحفظي بحت هو بجوهر المنازعة القائمة بين الطرفين بناء على تشخيص غرض المدعى من دعواه . فإذا كانت الدعوى التى رفعها المشترى وسجل صحيفتها قد أثبت رافعها في صلب صحيفتها جوهر النزاع القائم بينه وبين البائع ، وأن له حق طلب الحكم بصحة التعاقد والتوقيع ، وفى أثناء نظرها قام النزاع على المفاضلة بين تسجيل صحيفتها وتسجيل عقد المشترى الثانى ، وفصلت المحكمة في الدعوى بأن فضلت بين هذين التسجيلين وانتهت بالحكم لمصلحة المدعى بما لا يتفق وما كان يرمي إليه المشترى الثانى من تدخله في الدعوى - إذا كان ذلك ، فإن جريان الحكم فى منطوقه بالقضاء بصحة التوقيع لا يتعارض مع اعتبار الدعوى دعوى صحة تعاقد، فإن أسبابه فى الظروف والملابسات التى صدر فيها تدل على أن الغرض الحقيقي في الدعوى لم يكن صحة التوقيع بل صحة التعاقد . وما جرى به المنطوق على تلك الصورة لا يمكن أن يكون له تأثير فى هذه الحقيقة، إذ العبرة هى بما رمى إليه الخصوم فى دعواهم وبالطريق الذى سيروها فيه واتجه إليه قضاء المحكمة عند الفصل فيها (نقض مدنى ٢٩ أكتوبر سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٨٣ ص ٤٨٩).

وقضت أيضاً بأنه إذا كانت دعوى صحة التوقيع - سواء كان سندها قانون المرافعات أو قانون التسجيل - لا تعدو أن تكون وسيلة لاعتبار التوقيع على العقد مصدقاً عليه تمهيداً لتسجيله ، فهى وتلك طبيعتها دعوى شخصية لا تندرج ضمن الدعاوى العينية العقارية التى نصت عليها المادة السابقة من القانون المذكور ولا تأخذ حكمها . فالقول بوحدة الأساس القانونى لهذه الدعوى ودعوى صحة التعاقد التى تعتبر دعوى استحقاق مآلا ، وإن صلح مبرراً للتسوية بينهما فى جعل الحكم الصادر فيها أداة صالحة لتسجيل العقد وما يترتب عليه من أثر أصيل، لا يبرر التسوية بينهما فى أثر استثنائى منوط بطبيعة دعوى صحة التعاقد دون دعوى صحة التوقيع (نقض مدنى ١٣ مايو سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣١٢ ص ٦١٦) .

صحة التوقيع ، بل بعد تسجيل صحيفة هذه الدعوى إذ أمكن ذلك [١] ، وسجل المشترى الآخر عقده قبل أن يسجل المشترى الأول عقد البيع الصادر له مصحوباً بالحكم بصحة التوقيع ، فان المشترى الآخر هو الذى يفضل على المشترى الأول [٢].

من أجل هذه المزية الأخيرة في دعوى صحة التعاقد ، وهى إمكان الاحتجاج بتسجيل صحيفة الدعوى فيها ، تضاف إليها أيضا مزية أن الحكم بصحة التعاقد يصفى جميع أوجه النزاع في شأن عقد البيع ويكون الحكم حجة قاطعة على أن البيع صحيح نافذ ، غلبت دعوى صحة التعاقد في التعامل على دعوى صحة التوقيع [٣]، بالرغم مما في هذه الدعوى الأخيرة من يسر في الاثبات وتجنب للدفوع التى رأيناها في دعوى صحة التعاقد ، وبالرغم من أن الرسم المقرر على دعوى صحة التوقيع[٤] أقل من الرسم النسبى على دعوى صحة التعاقد.

٢٧٦ - البيع غير المسجل ينشئ جميع الالتزامات الأخرى في جانب البائع وفي جانب المشترى : وإلى جانب الالتزام بنقل الملكية ينشئ البيع غير المسجل جميع الالتزامات الأخرى في جانب كل من البائع والمشترى[1] .

(١) كان هذا ممكناً في عهد قانون التسجيل ، وإليه أشارت محكمة النقض في الحكم الملخص في الحاشية السابقة (نقض مدنى ٢٣ فبراير سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٦٧ ص ٥١٢) ، إذ تقول المحكمة في صدد تسجيل الحكم بصحة التوقيع أن ليس لهذا التسجيل «أثر رجعى مبتدئ من تاريخ تسجيل صحيفة دعوى صحة التوقيع» .

(٢) ولكن إذا سجل المشترى عقد البيع الصادر له مصحوباً بالحكم بصحة التوقيع ، ثم باع العقار إلى مشتر ثان سجل عقد شرائه قبل أن يسجل البائع صحيفة دعوى الفسخ التى رفعها على المشترى الأول، فإن المشترى الثانى وقد سبق إلى التسجيل لا يحتج عليه بالحكم الصادر فى دعوى الفسخ ما دامت صحيفة هذه الدعوى قد سجلت بعد أن سجل المشترى الثانى عقده (نقض مدنى ٦ أبريل سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١١٧ ص ٣٠٧).

(٣) وهذا فى عهد قانون التسجيل ، أما قانون الشهر العقارى فقد قدمنا أنه استبعد صحيفة هذه الدعوى من بين المحررات الواجب شهرها ، وقد امتنعت مكاتب الشهر عن شهر أى حكم بصحة التوقيع صدر بعد أول يناير سنة ١٩٤٧ (انظر آنفاً نفس هذه الفقرة فى الحاشية).

(٤) الرسم المقرر في دعوى صحة التوقيع هو ستة جنيهات فى القضايا الكلية وثلاثة جنيهات فى القضايا الجزئية .

(1) من المقرر أن عقد البيع ولو لم يكن مشهر بنقل إلى المشترى - فيما عدا نقل الملكية - جميع الحقوق المتعلقة بالبيع والدعاوى المرتبطة بما فى ذلك طلب تسليم العين المبيعة وطرد الغاصب منها .
(جلسة ١٩٩٠/١٢/١١ الطعن ٤٤٧ لسنة ٥٨ ق)
(جلسة ١٩٩٠/٢/١٥ الطعن ١٢٢٨ لسنة ٥٦ ق)
(جلسة ١٩٨٤/٤/٢٤ الطعن ٩١٢ لسنة ٥٠ ق)
(جلسة ١٩٨٣/١١/٢٧ الطعن ٧١١ لسنة ٥٢ ق)
(جلسة ١٩٧٣/٥/٩ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٤ ص ٧٢٥)

فينشئ فى جانب البائع التزاماً بتسليم المبيع وبضمان التعرض والاستحقاق وبضمان العيوب الخفية .

فيلتزم البائع ، بموجب البيع غير المسجل ، بتسليم المبيع إلى المشترى(1) (1) . ويجوز للمشترى أن يجبره على تسليم المبيع حتى قبل تسجيل عقد البيع . وإذا تسلم المشترى المبيع، وهلك فى يده قبل تسجيل عقد البيع ، فإنه يهلك عليه مع أنه غير مالك ، ولا يهلك على البائع بالرغم من أنه لا يزال مالكاً (١) . ذلك أن تبعة هلاك المبيع تدور مع التسليم إلى المشترى ولا تدور مع انتقال الملكية كما سنرى، فان المبيع يهلك على البائع قبل التسليم ولو كان البيع مسجلا فانتقلت الملكية إلى المشترى ، ويهلك على المشترى بعد التسليم ولو كان البيع غير مسجل فلم يصبح المشترى مالكاً .

ويضمن البائع للمشترى ، بموجب البيع غير المسجل ، التعرض الصادر منه والتعرض الصادر من الغير والاستحقاق (2)، كما يضمن كل ذلك بالبيع المسجل (٢) . فلا يجوز

---

(١) الأستاذ عبدالمنعم البدراوى فقرة ٢٢٧ ص ٣٥١ .

(٢) نقض مدنى ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٢٦ ص ١٠٤٩ .

ولكن البائع إذ امتنع عن تسليم العقار للمشترى ، وأظهر نيته فى وضوح أنه يضع يده عليه بنية تملكه ، وسكت المشترى عن المطالبة بالتسليم ، فلا يعتبر تعرضاً من البائع مضموناً عليه أن يبقى حائزاً للعقار بنية تملكه بالتقادم الطويل . فاذا بقى البائع حائزاً للعقار بنية تملكه خمس عشرة سنة ملكه بالتقادم ، ولا يتعارض ذلك مع ضمان البائع للتعرض فانه يملك العقار بسبب آخر مشروع . وسنبين ذلك تفصيلا عند الكلام فى ضمان التعرض، ونكتفى هنا بملاحظة أن هذا الحكم صحيح حتى لو بقى البائع واضعاً يده على العقار المبيع والبيع لم يسجل . ولا يعترض على ذلك بأن البائع إنما يكون حائزاً لملكه إذ البيع لم يسجل فلا يتصور أن يتملكه بالتقادم ، ذلك أن المشترى إذا سجل البيع بعد ذلك اعتبر مملوكا له – فيما نرى – منذ صدور البيع لا من وقت التسجيل ، فيكون البائع قد حاز عقاراً غير مملوك له منذ البداية .

(1) اذا كان عقد البيع غير المسجل يولد فى ذمة البائع التزاما بتسليم المبيع وبالوفاء به يصبح المبيع فى حيازة المشترى له أن ينتفع به بجميع وجوه الانتفاع ومنها البناء على سبيل البقاء والقرار ، ومتى أحدث المشترى بناء على الأرض المبيعة له يصبح هذا البناء عقاراً مملوكا له ملكية مصدرها واقعة البناء بما له على سبيل البقاء والقرار .

(جلسة ١٩٨٣/٤/٢٨ الطعن ١٣٩٨ لسنة ٤٩ ق)

(جلسة ١٩٧٦/٢/١٧ مجموعة احكام النقض السنة ٢٧ ص ٤٥٣)

(جلسة ١٩٧١/٤/٨ مجموعة احكام النقض السنة ٢٣ ص ٤٤٣)

(2) ليس للبائع لعدم تسجيل العقد وتراخى نقل الملكية بسببه ان يدعى لنفسه ملك المبيع على المشترى لان من يضمن نقل الملكيه لغيره ، لا يجوز أن يدعيها لنفسه .

(جلسة ١٩٧٣/٥/٩ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٤ ص ٧٢٦)

(جلسة ١٩٨٠/١/٣١ الطعن ١٤٥١ لسنة ٤٨ ق س ٣١ ص ٣٦٦)

(جلسة ١٩٨٣/٢/٢٠ الطعن ٤١٣ لسنة ٤٩ ق)

للبائع أن يبيع العقار مرة ثانية ، وإذا سجل المشترى الثانى قبل أن يسجل المشترى الأول ، ضمن البائع للمشترى الأول التعرض الصادر منه واستحقاق المشترى الثانى للعقار . وإذا نفذ دائن البائع على العقار المبيع وسجل تنبيه نزع الملكية قبل أن يسجل المشترى عقد شرائه، ضمن البائع يستطع أن يحتج بأن المشترى قد قصر فى عدم تسجيل البيع قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية ، وذلك أن سبب التعرض آت من جهة البائع إذ دائنه هو الذى ينفذ على العقار (1)(١) .

ويضمن البائع للمشترى أخيراً ، بموجب البيع غير المسجل، العيوب الخفية فى المبيع. وللمشترى أن يرجع بدعوى العيب الخفى على البائع ، حتى قبل أن يتسلم المبيع، وحتى قبل أن يسجل عقد البيع ، على التفصيل الذى سنبسطه عند الكلام فى ضمان العيوب الخفية .

وينشئ البيع غير المسجل فى جانب المشترى التزاماً بدفع الثمن والمصروفات والتزاماً بتسليم المبيع . فيستطيع البائع ، ولو قبل تسجيل البيع ، أن يطالبه بتنفيذ كل هذه الالتزامات على النحو الذى سنبينه فى موضعه (٢) .

---

(١) ولكن يجوز للبائع بعقد غير مسجل أن يطلب تثبيت ملكيته فى العقار المبيع ضد من ينازعه فيه عدا المشترى ، الذى يلتزم البائع بعدم التعرض له بموجب الضمان الذى يتولد من عقد البيع ولو لم يكن مسجلا (نقض مدنى ١٨ ديسمبر سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ رقم ١٠٢ ص ٧٧٦) .

(٢) نقض مدنى ١٧ نوفمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٧٣ ص ١٤٣ – ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٢٦ ص ١٠٤٩ .

(1) أ – للبائع بعقد لم يشهر الحق فى طلب تثبيت ملكيته إلى العقار المبيع ضد من ينازعه فيه عدا المشترى الذى يلتزم البائع بعدم التعرض له بمقتضى الضمان الذى يتولد من عقد البيع ولو لم يكن مشهرا .

(جلسة ١٩٥٨/١٢/١٨ الطعن ٢٣٣ لسنة ٢٤ ق س ٩ ص ٧٧٦)

ب – عقد البيع سواء أكان مسجلاً أو غير مسجل يلزم البائع بأن يمكن المشترى من الانتفاع بالمبيع وحيازته حيازة هادئة ، أما عدم تسجيل المشترى عقد شرائه فلا يترتب عليه سقوط حقه فى الضمان لأن ألتزام البائع به هو من الالتزامات الشخصية التى تنشأ عن عقد البيع بمجرد انعقاده والتى تنتقل من البائع إلى ورثته فيمتنع عليهم مثله منازعة المشترى فيما كسبه من حقوق بموجب عقد البيع إلا اذا توافرت لديهم أو لدى مورثهم بعد تاريخ البيع شروط وضع اليد على العين المدة الطويلة المكسبة للملكية .

(جلسة ١٩٧٠/٤/١٦ الطعن ١٠ لسنة ٣٦ ق س ٢١ ص ٦٥٨)

(جلسة ١٩٧٥/٤/٢٩ الطعن ٤٧٦ لسنة ٣٩ ق س ٢٦ ص ٨٤٤)

(جلسة ١٩٨٣/٢/٢٠ الطعن ٤١٣ لسنة ٤٩ ق)

(جلسة ١٩٨٤/١٢/٢٠ الطعن ٢١٢٩ لسنة ٥١ ق س ٣٥ ص ٢١٨٢)

(جلسة ١٩٨٨/٢/٢٨ الطعن ١٧٩ لسنة ٥٣ ق)

(جلسة ١٩٩١/٥/٢٦ الطعن ٥٥٧ لسنة ٥٧٦ ق)

٢٧٧ – البيع غير المسجل تترتب عليه آثاره بوصفه بيعا : وإلى جانب الالتزامات التى ينشئها البيع فى جانب كل من البائع والمشترى ، فان البيع بوصفه عقد بيع تترتب عليه آثار معينة ، من أهمها أنه يجوز الأخذ فيه بالشفعة ، وأنه يكون سبباً صحيحاً فى التقادم الخمسى قبل التقنين المدنى الجديد، وأن البيع الصادر من غير المالك يكون بيعاً قابلاً للإبطال لمصلحة المشترى . وهذه الآثار جميعاً ، كما تترتب على البيع المسجل ، تترتب كذلك على البيع غير المسجل ، فان التسجيل لا يعتد به وجوداً أو عدماً فى ترتيب البيع لهذه الآثار .

فالبيع غير المسجل يؤخذ فيه بالشفعة . فاذا باع شخص عقاراً مملوكاً له من آخر، ولم يسجل المشترى البيع ، فان الشفيع يستطيع أن يأخذ العقار المبيع بالشفعة ولو أن البيع لم يسجل. وتسرى مواعيد الشفعة دون اعتداد بالتسجيل ، فاذا صدر إنذار رسمى من البائع أو من المشترى إلى الشفيع (م ٩٤٠ – ٩٤١ مدنى) ، وجب على الشفيع إذا أراد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فى الأخذ بها فى خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ الإنذار الرسمى (م ٩٤٠ مدنى) ولو كان هذا البيع لم يسجل . وكذلك يجب على الشفيع ، فى خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة ، ولو لم يسجل البيع ، إيداع كل الثمن الحقيقى الذى حصل به بيع العقار المشفوع فيه خزانة المحكمة ورفع دعوى الشفعة وقيدها بالجدول . وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية فى دوائرها المجتمعة ، فى عهد قانون التسجيل ، بأن هذا القانون لم ينسخ المبادئ القانونية العامة ولا شيئاً من أحكام الشفعة، فعليه فان حق الشفعة الذى ينشأ من يوم العلم [١] بالبيع لا يمكن تعليقه على حصول تسجيل العقد أو القول بتولده من يوم التسجيل فقط ، لما فى ذلك من الضرر على المشترى الذى يظل زمناً مهدداً بالشفعة ، وإذن يسقط حق الشفيع بسكوته مدة خمسة عشر يوماً يوم العلم بالبيع [٢]، لا من يوم التسجيل [٣].

(١) فى التقنين المدنى الجديد من يوم الإنذار الرسمى بالبيع .

(٢) من يوم الإنذار الرسمى بالبيع فى التقنين المدنى الجديد .

(٣) استئناف مصر الدوائر المجتمعة ٣ ديسمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٢٢٧ ص ٢٢٩ – المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ٢١ ص ٤٦ – وانظر أيضاً : نقض مدنى ١٥ فبراير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٠٩ ص ٥٦٨ – ١٨ مايو سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٢٨ ص ٥٠٨ – ١٨ فبراير سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٨٢ ص ٥٣٠ – ٤ مارس سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٩٣ ص ٥٨٣ – استئناف مختلط ٥ فبراير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ١٩٦ .

وغنى عن البيان أنه إذا وجد نص يجعل الميعاد يسرى من وقت التسجيل ، كما فى سقوط الحق فى الأخذ بالشفعة بأربعة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع (م ٩٤٨ مدنى) ، فان النص يكون واجب التطبيق فى الحالة التى ورد فيها بالذات .

ومما يؤكد أن البيع غير المسجل يكون بيعاً بهذا الوصف فى الشفعة، أن الشفيع إذا لم يسجل الرغبة فى الأخذ بالشفعة قبل أن يبيع المشترى العقار لمشتر ثان ، فلا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من =

والبيع غير المسجل ، قبل التقنين المدنى الجديد، يصلح سبباً صحيحاً فى التقادم الخمسى [١]. فإذا اشترى شخص عقاراً من غير المالك ، ولو كان حسن النية يعتقد وقت صدور البيع أنه اشترى من المالك ، وحاز العقار خمس سنوات ، فإنه يملكه بالتقادم الخمسى ولو لم يكن البيع مسجلا . وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأنه لا يشترط تسجيل السبب الصحيح لإمكان احتجاج واضع اليد به على المالك الحقيقى لإفادة التملك بالتقادم الخمسى، أما اشتراط ثبوت تاريخ السبب الصحيح للاحتجاج به فى تحديد مبدأ وضع اليد فلا نزاع فيه قانوناً [٢]. ولكن هذا الحكم الذى يستخلص من القواعد العامة قد عدله التقنين المدنى الجديد بنص خاص ورد فى تحديد السبب الصحيح فى

=اشترى الثانى وبالشروط التى اشترى بها ، حتى لو لم يسجل أى من المشترى الأول أو المشترى الثانى عقد. فالعبرة فى الشفعة بالبيع ، ولا ضرورة لتسجيله ، فهذا بيع أول غير مسجل لم يأخذ فيه الشفيع بالشفعة ، ثم تلاه بيع ثان غير مسجل أيضا هو الذى يأخذ فيه الشفيع بالشفعة . وليس للشفيع أن يعترض بعدم تسجيل البيع الأول وبأن حقه فى الأخذ بالشفعة لا يزال باقيا فى هذا البيع ما دام لم يسجل، فإن هذا البيع الأول قد نسخه البيع الثانى ولو لم يسجل البيعان (انظر المادة ٩٣٨ مدنى وتقول : إذا اشترى شخص عينا تجوز الشفعة فيها ، ثم باعها قبل أن تعلن أية رغبة فى الأخذ بالشفعة أو قبل أن يتم تسجيل هذه الرغبة طبقاً للمادة ٩٤٢ ، فلا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشترى الثانى وبالشروط التى اشترى بها» .

هذا وإذا كان غير ضرورى أن يسجل بيع العقار المشفوع فيه للأخذ بالشفعة ، فمن الضرورى تسجيل بيع العقار المشفوع به ، فإن الشفيع لابد أن يكون مالكاً للعقار المشفوع به حتى يستطيع الأخذ بالشفعة ، وهو لا يملك هذا العقار إذا كان قد اشتراه إلا بتسجيل عقد شرائه ، وسنرى فيما بعد – انظر فقرة ٢٨٤ – أن الشفيع إذا كان يشفع بعقار ولم يكن قد سجل سنده قبل الأخذ بالشفعة ثم سجله بعد ذلك ، فإن الأثر الرجعى للتسجيل يجعل الأخذ بالشفعة صحيحاً . ولكن القضاء والفقه لا يأخذان بالأثر الرجعى للتسجيل على ما سنبينه ، ومن ثم فالأخذ فالشفعة عندهما لا يجوز فى هذه الحالة (انظر الأستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ٢٤٠).

(١) قارن استئناف مختلط ٨ يونيه سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٧٢ .

(٢) نقض مدنى ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٥٧ ص ٢٩٢. وتقول محكمة النقض فى هذا الحكم : «قبل قانون التسجيل يكاد يكون من المجمع عليه فقها وقضاء أنه لا يجب تسجيل السبب الصحيح لجواز احتجاج واضع اليد به على المالك الحقيقى، اعتباراً بأن المالك الحقيقى لا يمكن اعتباره غيرا بالمعنى المفهوم لهذا النص فى باب تسجيل العقود الناقلة للملكية. ولم يأت قانون التسجيل بما يخالف هذا المبدأ، لأن البيع لا يزال معتبراً فيه أنه من العقود الرضائية التى تتم بالإيجاب والقبول وان تسجيلها لا يزال غير معتبر أنه ركن ضرورى فى وجودها القانونى، ولأن قانون التسجيل هو قانون خاص بأحكام انتقال الملكية العقارية بالعقود، ولذلك لم يلغ من أحكام القانون المدنى إلا ما كان من مواده خاصا بذلك. ومن جهة أخرى فلا يمكن اعتبار المالك الحقيقى عاقداً لواضع اليد ولا غيراً ممن لهم حقوق عينية على العقار الموضوع اليد عليه، فلا هو تلقى من البائع حقاً عينياً على العقار كان لا يتلقاه عنه إذا علم بالسبب الصحيح فى حينه، ولا هو فى حاجة إلى العلم بالسبب الصحيح الصادر من غيره عن طريق التسجيل، لأن انتزاع العين منه ووضع الغير يده عليها واستمراره=

التقادم الخمسي، إذا نصت الفقرة الثالثة من المادة ٩٦٩ مدنى على ما يأتى : «والسبب الصحيح سند يصدر من شخص لايكون مالكاً للشئ أو صاحباً للحق الذى يراد كسبه بالتقادم، ويجب أن يكون مسجلا طبقاً للقانون»[1].

والبيع غير المسجل لا يؤثر عدم تسجيله فى قابلية بيع ملك الغير للابطال . فقد قدمنا عند الكلام فى بيع ملك غير أن هذا البيع قابل للابطال لمصلحة المشترى ، قبل أن يسجل وبعد التسجيل . فالبيع قبل أن يسجل هو بيع بهذا الوصف ، فاذا صدر من غير مالك كان بيع ملك الغير ، وأخذ حكم هذا البيع وهو القابلية للإبطال . وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٤٦٦ مدنى ، كما رأينا ، على هذا الحكم صراحة إذ تقول : «إذا باع شخص شيئاً معيناً بالذات وهو لا يملكه ، جاز للمشترى أن يطلب إبطال البيع . ويكون الأمر كذلك ولو وقع البيع على عقار ، سجل العقد أو لم يسجل»[2] .

=على ذلك خمس سنوات أبلغ فى الإعذار إليه من العلم بالتصرف من طريق الكشف من دفاتر التسجيل» . انظر عكس ذلك : استئناف مصر ١١ ديسمبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٧ قم ٥٣ ص ١٠٣ – استئناف مختلط ٢٠ مارس سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢١٦ – ٢١ نوفمبر سنة ١٩٣٤ م ٤٧ ص ٣٥ – ٧ فبراير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٥٠ – ١٦ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٥٥ – ١٤ فبراير سنة ١٩٤٥م ٥٢ ص ١٥٠ – وانظر عكس ذلك أيضاً الأستاذ عبدالمنعم البدراوى فقرة ٢٤٢ ص ٣٧٦ – ص ٣٧٧ .

(١) وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد أن المشروع آثر هذه الحل حتى يمكن للتسجيل تمهيداً لإدخال السجل العقارى (مجموعة الأعمال التحضيرية جزء ٦ ص ٤٩٨). فيجب إذن اعتبار هذا الحكم حكماً استثنائياً ثبت بالنص على خلاف القواعد العامة للوفاء بغرض معين (انظر عكس ذلك الأستاذ عبدالمنعم البدراوى فقرة ٢٤٢ ص ٣٧٧) .

(٢) وقد نصت المادة ٣٣٦ من تقتين العقوبات على عقوبة النصب لكل من توصل إلى الاستيلاء على نقود إلخ .. إما باستعمال طرق احتيالية وإما بالتصرف فى مال ثابت أو منقول ليس ملكاً له ولا له حق التصرف فيه . فاذا باع شخص عقاراً مملوكاً له وسجل البيع ، ثم باعه مرة أخرى، اعتبر مرتكباً لجريمة النصب ولو أن البيع الثانى لم يسجل ، لأن البيع غير المسجل يعتبر مع ذلك تصرفاً ، فيكون البائع قد تصرف بالبيع الثانى غير المسجل فى عقار خرج عن ملكيته بتسجيل البيع الأول . أما إذا كان البيع الأول لم يسجل قبل صدور البيع الثانى، فإن البائع يكون قد تصرف فى عقار مملوك له ، إذ وقت صدور البيع الثانى لم يكن البيع الأول قد سجل فلم يخرج البائع عن ملكية العقار . ولكن إذا أوهم البائع المشترى الثانى بطرق احتيالية أنه لم يتصرف فى العقار ، ثم سجل المشترى الأول قبل أن يسجل المشترى الثانى ، كان هذا نصباً بطرق احتيالية وكان المجنى عليه فيه هو المشترى الثانى (أنظر فى كل ذلك نقض جنائى ١١ أبريل سنة ١٩٢٩ مجموعة عمر الجنائية ١ رقم ٢٢٥ ص ٢٦٧ – ٥ فبراير سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر الجنائية ١ رقم ١٧٤ ص ٢٢٥ – ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر الجنائية ٣ رقم ١٦٠ ص ٢٠٩) .

وقبل قانون التسجيل كان البائع إذا تصرف فى العقار مرة ثانية ، حتى لو لم يسجل المشترى الأول عقده، اعتبر متصرفاً فيما لا يملك ، وكان هذا نصباً المجنى عليه فيه هو المشترى الثانى (نقض جنائى ١٥ مارس سنة ١٩١٨ المجموعة الرسمية ٢٠ رقم ٣٧ ص ٤٥) . أنظر أيضا الأستاذ عبدالمنعم البدراوى فقرة ٢٤٣ – فقرة ٢٤٤ .

ب – حكم البيع بعد أن يسجل

٢٧٨ – البيع المسجل يرتب جميع الآثار التى يرتبها البيع غير المسجل : وغني عن البيان أن جميع الآثار التى يرتبها البيع قبل أن يسجل ، وهى الآثار التى تقصينا أهمها فيما قدمناه ، تبقى قائمة بعد أن يسجل البيع .

فيبقى البيع بعد تسجيله ، كما كان قبل تسجيله[1] ، منشئاً لالتزامات فى جانب المشترى هى دفع الثمن والمصروفات وتسلم المبيع . ويستطيع المشترى بعد تسجيل البيع ، كما كان يستطيع قبل تسجيل البيع ، أن يطالب البائع بتنفيذ هذه الالتزامات ، كما يستطيع البائع أن يطالب المشترى بتنفيذ التزاماته .

ويؤخذ فى البيع المسجل بطبيعة الحال بالشفعة ، ويصلح البيع المسجل سبباً صحيحاً فى التقادم الخمسى ، بل أصبح البيع المسجل وحده بعد التقنين المدنى الجديد هو الذى يصلح أن يكون سبباً صحيحاً دون البيع غير المسجل فيما قدمناه ، وبيع ملك الغير يبقى قابلا للإبطال قبل التسجيل وبعده كما سبق القول .

٢٧٩ – ويزيد البيع المسجل بأن ينقل الملكية فعلا فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى الغير: ويزيد البيع المسجل فى آثاره على البيع غير المسجل فى أنه ينقل ملكية العقار فعلا من البائع إلى المشترى بمجرد التسجيل[1] ، متى كان العقار وقت البيع مملوكاً للبائع ، إذ أن بيع ملك الغير لا ينقل الملكية إلى المشترى ولو سجل .

وتنتقل الملكية بالبيع المسجل فيما بين المتعاقدين[2] وبالنسبة إلى الغير[3] ، ويحدد الغير على النحو الذى كان يحدد به فى التقنين المدنى السابق فيما قدمناه .

(١) فإذا صححت حدود العقار المبيع ، وجب تسجيل عقد التصحيح ، ولا تترتب آثاره القانونية إلا وقت تسجيله فلا ينسحب إلى وقت تسجيل العقد الأول الذى لم تصحح فيه الحدود . وقد قضت محكمة النقض بأن التعاقد على تصحيح حدود العقار المبيع ورقمه هو تعديل للمبيع فى جوهره ، حكمه حكم العقد الأصلى نفسه من حيث إنه يجب أن يسجل لتترتب عليه آثاره القانونية ، فالحكم الذى يسحب تسجيل عقد البيع على عقد التصحيح المحرر بعده ويجعل أساس الأسبقية فى التسجيل تاريخ تسجيل ذلك العقد يكون مخطئاً فى تطبيق القانون (نقض مدنى ٣ فبراير سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٨١ ص ٧١٢).

(٢) وكذلك الخلف العام والدائن إذا لم يسجل تنبيه نزع الملكية قبل تسجيل المشترى للبيع (نقض مدنى ١٠ يونيه سنة ١٩٥٤ مجموعة عمر ٥ رقم ١٤٤ ص ٩٣٦).

(٣) وقد لا تظهر لأول وهلة أهمية عملية من تحديد الغير ، ما دام لا يوجد محل للتمييز بين المتعاقدين والغير إذ الملكية لا تنتقل إلا بالتسجيل فى جميع الأحوال ، وهذا على خلاف عهد التقنين المدنى السابق حيث كانت الملكية تنتقل دون تسجيل فيما بين المتعاقدين وبالتسجيل بالنسبة إلى الغير . ولكن الأهمية العملية للتمييز ، عهد قانون التسجيل وقانون الشهر ، تعود إلى الظهور لو قلنا إن انتقال الملكية فيما بين المتعاقدين يستند بأثر رجعى إلى وقت البيع ، أما بالنسبة إلى الغير فلا تنتقل الملكية إلا وقت التسجيل . وسنعود فيما يلى إلى هذه المسألة .

(1) أ – اذا ثبتت صورية عقد البيع صورية مطلقة فإنه يكون باطلا ولا يترتب عليه نقل ملكية =

ويترتب على انقالها فيما بين المتعاقدين أن تحدث جميع الآثار التى تترتب على نقل الملكية ، وأهمها ثلاث : (١) يكون للمشترى حق التصرف فى العقار المبيع باعتباره مالكا له، ولو قبل أن يتسلمه من البائع . (٢) يكون للمشترى ثمر المبيع ونماؤه ، وعليه تكاليفه من نفقات حفظ وصيانة وضرائب وغير ذلك من الأعباء . وقد رأينا أن هذا الأثر يترتب من وقت البيع ، ولو قبل التسجيل [١] . (٣) إذا أفلس البائع بعد قبض الثمن وقبل تسليم المبيع، جاز للمشترى أن يأخذ عين العقار المبيع من تفليسة المشترى باعتباره قد أصبح مالكاً له ، دون أن يزاحمه فيه دائنو البائع . أما تحمل تبعة هلاك المبيع فقد قدمنا أنها تنتقل مع تسليم المبيع إلى المشترى ، لا مع انتقال الملكية إليه [٢] .

ويترتب على انتقالها بالنسبة إلى الغير بالتسجيل من وقت هذا التسجيل ، أنه إذا باع البائع العقار مرتين لمشترين مختلفين ، فأيهما سبق إلى التسجيل كان هو المفضل لأنه إذا سبق إلى تسجيل عقده انتقلت الملكية إليه لا فيما بينه وبين البائع فحسب [I] ، بل أيضـاً

=القـدر المبيع لو كان مسجلا إذ ليس من شأن التسجيل أن يصحح عقداً باطلا .

(جلسة ١٩٦٥/٥/٢٧ الطعن ٤٤٠ لسنة ٣٠ ق س ١٦ ص ٦٥٥)

ب – إذا كانت محكمة الموضوع قد انتهت فى حدود سلطتها التقديرية إلى أن التصرف الصادر من المورث إلى بعض الطاعنين لم يكن منجزا وأنه يخفى وصية للأسباب السائغة التى أوردتها ، فأنه لا يكون لتسجيل العقد حال حياة البائع أى أثر فى تصحيح التصرف أو نقل الملكية لان التسجيل لا يصحح عقدا باطلاولا يحول دون الطعن فيه بانه يخفى وصية .

(جلسة ١٩٧٧/١٢/١٣ مجموعة احكام النقض السنة ٢٨ ص ١٧٧٤)

(I) إذا البائع قد تصرف فى العقار المبيع إلى مشتر ثان وأقام كل من المشترين دعوى بطلب صحة التعاقد عن البيع الصادر له وسجلت الصحيفتان فى يوم واحد وساعة واحدة ثم سجل كل منهما حكم صحة التعاقد الصادر له فإن السابق واللاحق فى التسجيل يتعين حتما بأسبقية الرقم فى تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد اذ ان الشارع قد عنى بوضع نظام لطلبات تسجيل المحررات ولم يترك الأمر فيه لمحض الصدفة نظراً لما يترتب على أسبقية التسجيل من أثره فى المفاضلة بين المتنازعين على ملكية عقار واحد ذلك أنه بمقتضى القانونين رقمى ١٨ ، ١٩ لسنة ١٩٢٣ لا تنتقل الملكية من البائع للمشترى إلا بتسجيل التصرف المنشئ للملكية – وهو عقد البيع – فإذا لم يحصل التسجيل فان الملكية تبقى على ذمة المتصرف حتى ينقلها التسجيل ذاته للمتصرف إليه ، كما أن تسجيل حكم اثبات التعاقد يحدث نفس الأثر الذى يحدثه تسجيل عقد البيع باعتبار أن الحكم باثبات التعاقد إنما هو تنفيذ عينى لالتزام البائع بنقل الملكية وتسجيل صحيفة تلك الدعوى باعتبارهما منطوية تحت دعاوى الاستحقاق الوارد ذكرها بالمادة السابعة من قانون السجيل يحفظ لرافعها حقوقه من تاريخ حصوله بحيث أنه متى حكم له بطلباته فإن الحق الذى قرره ينسحب إلى يوم تسجيل العريضة – إذا كان قد تأثر بهذا الحكم طبقا للقانون – دون أن يتأثر بما يصدر بعد ذلك من البائع من تصرفات .

(جلسة ١٩٥٨/٥/١٥ الطعن ٢١٤ لسنة ٢٤ ق س٩ ص ٤٩٤)

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢٣٩ .

(٢) أنظر فى كل ذلك آنفاً فقرة ٢٣٩ .

بالنسبة إلى الغير وهو المشترى الآخر الذى تأخر عنه فى التسجيل . وينبنى على ذلك أ إذا باع المالك عقاره لمشتر لم يسجل ، وباع المشترى العقار لمشتر ثان وتمكن هذا م تسجيل عقده [١] ، فان الملكية لا تنتقل من المشترى الأول إلى المشترى الثانى، لأ المشترى الأول نفسه لم تنتقل إليه الملكية من البائع ما دام لم يسجل عقده [1] . فاذا با انبائع العقار لمشتر آخر، وسجل هذا المشترى الآخر عقده ، فان الملكية تنتقل من البائع وقد ظل مالكاً للعقار لعدم تسجيل البيع الصادر منه للمشترى الأول ، إلى المشترى الآخر فيفضل هذا المشترى الآخر على المشترى الثانى الذى سجل عقده أولا . وكان الحكم فى عهد التقنين المدنى السابق يختلف ، فقد كانت المادة ٧٤٦/٦١٩ من هذا التقنين تنص، كما رأينا ، على أنه «فى حالة تعدد عقود انتقال الملكية بين عدة ملاك متوالين يكتفى بتسجيل العقد الأخير منها» . فكان المشترى الثانى الذى سجل أولا تنتقل إليه الملكية إذ يكتفى بتسجيل عقده، ومن ثم كان يفضل علـى المشتـرى الاخر الذى سجل عقده بعد تسجيل عقد المشترى الثانـى [٢](2) .

(١) نفرض جدلا أن المشترى الثانى يتمكن من تسجيل عقده ، لأنه فى الواقع لا يستطيع إذ هو مكلف حتى يستطيع تسجيل عقده أن يقدم سند ملكية البائع له (أى المشترى الأول) مسجلا ، وقد قدمنا أن المشترى الأول لم يسجل عقد شرائه . وفى هذا الصدد تنص المادة ٢٣ من قانون الشهر على أنه «لا يقبل من المحررات فيما يتعلق بإثبات أصل الملكية أو الحق العينى وفقاً لأحكام المادة السابقة إلا : (١) المحررات التى سبق شهرها .....» .

(٢) الأستاذان أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ٢٧٥ ص ٢٧٧ – الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٨٥ – الأستاذ عبدالمنعم البدراوى فقرة ٢٢٣ – الأستاذ منصور مصطفى منصور ص ١٢٨ هامش ١ .

(1) حق ملكية العقار المبيع لا ينتقل فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة إلى الغير إلا بالتسجيل ، فلا تنتقل الملكية لمشتر لم يسجل عقد البيع الصادر إليه ، ومن ثم لا يكون لهذا المشترى أن ينقل الملكية لمن اشترى منه لأنها لا تئول إليه هو إلا بتسجيل عقده ولذلك فقد أورد المشرع بالمادة ٢٣ من قانون الشهر العقارى نصا يقضى بأنه لا يقبل فيما يتعلق باثبات أصل الملكية أو الحق العينى إلا المحررات التى سبق شهرها ، فإذا توصل المشترى إلى تسجيل عقده أو تسجيل الحكم الصادر بصحته ونفاذه رغما من أن سند البائع له لم يكن قد تم شهره ، فانه لا يكون من شأن التسجيل على هذه الصورة اعتبار المشترى مالكا اذ غير الممكن أن يكون له من الحقوق أكثر مما هو للبائع له الذى لم تنتقل إليه الملكية بسبب عدم تسجيل سنده .

(جلسة ١٩٧٥/١٠/٢٨ مجموعة احكام النقض السنة ٢٦ ص ١٣٥٤)

(جلسة ١٩٨٠/١/٣١ مجموعة احكام النقض السنة ٣١ ص ٣٦٦)

(2) من المقرر أن عقد البيع العرفى لا ينقل إلى المشترى ملكية العقار المباع إلا بالتسجيل، فإذا لـم يسجل المشترى عقد شرائه بقى العقار على ملك البائع، ويكون له أن يبيعه لمشتر آخر، إلا أنه فى هذه الحالة لا يكون ثمة محل للمـفاضلة بين البيع الأولى والبيع الثانى، وذلك بسبب تعادل سندات المشترين ومن مقتضى ذلك أنه إذا تسلم أحدهما العقار من البائع تنفيذا للالتزامات الشخصية التى =

يبقى بعد ذلك أن نبحث : أولا – فى انتقال الملكية فيما بين المتعاقدين ، متى تنتقل الملكية ، أتنتقل من وقت التسجيل أم تنتقل بأثر رجعى من وقت البيع ؟ ثانياً – فى انتقال الملكية بالنسبة إلى الغير بالتسجيل ، هى يشترط حسن النية فى المشترى الذى سجل عقده قبل المشترى الآخر ؟

٢٨٠ – أولا – نقل الملكية فيما بين المتعاقدين – هل للتسجيل أثر رجعى : رأينا أن ملكية العقار المبيع فيما بين المتعاقدين لا تنتقل إلا بتسجيل البيع ، فاذا ما انتقلت بالتسجيل فهل هى تنتقل من وقت التسجيل ، أو يستند انتقالها بأثر رجعى إلى وقت البيع فيعتبر المشترى بعد تسجيل العقد مالكاً فيما بينه وبين البائع من وقت البيع ؟

الرأى الذى استقر عليه الفقه والقضاء هو أنها تنتقل من وقت التسجيل ، فليس لانتقالها أثر رجعى يستند إلى وقت البيع ، وهذا هو الرأى الذى يؤيده ظاهر النصوص(1) . غير أن هذا الرأى يعارضه رأى آخر يذهب إلى أن لانتقال الملكية فيما بين المتعاقدين أثراً رجعياً يستند إلى وقت البيع .

فنستعرض الرأى الذى استقر عليه الفقه والقضاء ، ثم نستعرض الرأى الذى يعارضه.

٢٨١ – الرأى الذى استقر عليه الفقه والقضاء – ليس للتسجيل أثر رجعى : يستند هذا الرأى ، وقد أخذت به الكثرة الغالبة من الفقهاء فى مصر (١) ، إلى نصوص القانون

=يرتبها العقد بينها لا يجوز معه نزع الملكية من تحت يده وتسليمها للمشترى الآخر إلا بعد تسجيل عقده وثبوت أفضلية له بذلك .

(جلسة ١٩٩٠/١٢/٢٠ الطعن ٢٦٨٧ لسنة ٥٩ ق)

(جلسة ١٩٩٠/١٢/١٣ الطعن ٢٠٩٢ لسنة ٥٩ ق)

(جلسة ١٩٩٠/٣/١٥ الطعن ١٤١٠ لسنة ٥٤ ق)

(جلسة ١٩٨٣/٣/١٧ السنة ٣٤ ص ٧٠٣)

(١) الأستاذان أحمد نجيب الهلالى وحامد ذكى فقرة ٢٧٠ – فقرة ٢٧٢ الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٨٦ – الأستاذ محمد على إمام فقرة ١٦٨ – الأستاذ عبدالفتاح عبدالباقى فقرة ٩٩ – الأستاذ عبدالمنعم البدراوى فقرة ٢٠٩ الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٧١ – الأستاذ اسماعيل غانم ص ٨٩ – ص ٩٠.

(1) اذا ما تعدد المشترون فان مناط المفاضلة بسبب أسبقية التسجيل هو أن يكون المتصرف واحد ومحل التصرف بالبيع إلى هؤلاء المشترين عقارا واحدا ، ويشترط لكى يحقق تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد الأفضلية منذ تاريخ حصوله أن يكون المبيع المبين فى هذه الصحيفة هو بعينه الذى كان محلا للبيع وهو بذاته أيضاً الذى تعلق به اتمام اجراءات تسجيل الحكم الذى يصدر فى الدعوى أو التأشير به على هامش الصحيفة لأن أساس اجراء المفاضلة هو اتحاد العقار فى كل من التصرف وإشهار التصرف اتحادا مستمدا من الواقع على الطبيعة .

(جلسة ١٩٨٩/١١/٢٣ الطعن ١١٨٦ لسنة ٥٧ ق)

والى الغرض الذى توخاه المشرع من نظام التسجيل الجديد والى ما استقر عليه قضاء محكمة النقض، فيستخلص من كل ذلك الحجج الآتية :

أولاً : نصوص القانون جاءت مطلقة ، فهى تقر فى وضوح أن عقد البيع يجب شهره بطريق التسجيل ، وأنه يترتب على عدم التسجيل أن الملكية لا تنتقل لا فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة إلى غيرهم . فهذا قانون التسجيل تنص المادة الأولى منه على أن «جميع العقود الصادرة بين الأحياء .. والتى من شأنها إنشاء حق ملكية أو حق عينى عقارى آخر أو نقله .. يجب إشهارها بواسطة تسجيلها .. ويترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل .. لا فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة لغيرهم» . وهذا قانون تنظيم الشهر العقارى تنص المادة التاسعة منه أن «جميع التصرفات التى من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله .. يجب شهرها بطريق التسجيل .. ويترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل .. لا بين ذوى الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم» . فالنصوص إذن صريحة فى جعل المتعاقدين والغير فى مركز واحد بالنسبة إلى انتقال الملكية. ولما كان الشك لا يتطرق فى أن انتقال الملكية بالنسبة إلى الغير لا يكون إلا بالتسجيل من وقت هذا التسجيل ، كذلك يجب ألا يتطرق الشك فى أن الملكية فيما بين المتعاقدين لا تنتقل إلا بالتسجيل ومن وقت التسجيل . ولم يقل المشرع فى أى نص من نصوص قانون التسجيل ولا فى أى نص من نصوص قانون تنظيم الشهر العقارى إنه يفرق بين المتعاقدين والغير فى وقت انتقال الملكية. وأنه يجعل لانتقال الملكية فيما بين المتعاقدين أثراً رجعياً، فلا تجوز مخالفة نصوص التشريع الواضحة فى هذا الصدد . ولما أراد المشرع ، فى أحد المواطن، أن يجعل للتسجيل أثراً رجعياً ، صرح بذلك فى غير لبس . نص قانون التسجيل ، فى خصوص تسجيل الدعاوى ، فى المادة الثانية عشرة منه على أنه «يترتب على تسجيل الدعاوى المذكورة بالمادة السابعة أو التأشير بها أن حق المدعى ، إذا تقرر بحكم مؤشر طبق القانون ، يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق وأصحاب الديون العقارية ابتداء من تاريخ تسجيل الدعوى أو التأشير بها» . ونص قانون تنظيم الشهر العقارى فى هذا الصدد أيضاً، فى المادة السابعة عشرة منه ، على أنه «يترتب على تسجيل الدعاوى المذكورة بالمادة الخامسة عشرة أو التأشير بها أن حق المدعى إذا تقرر بحكم مؤشر طبق القانون ، يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل الدعاوى أو التأشير بها» . فلو أراد المشرع أن يجعل للتسجيل أثراً رجعياً فيما يتعلق بانتقال الملكية بين المتعاقدين ، لما سكت عن ذلك، ولنص عليه فى الصراحة التى نص بها على الأثر الرجعى فى خصوص الدعاوى.

ثانياً – ومما يقطع فى أن نية المشرع فى قانون التسجيل وفى قانون تنظيم الشهر العقارى قد انصرفت إلى جعل أثر التسجيل واحداً فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى الغير، فيستوى الجميع فى كيفية انتقال الملكية وفى وقت انتقالها، ما جاء فى المذكرة الإيضاحية لكل من التشريعين . فقد ورد فى المذكرة الإيضاحية لقانون التسجيل ما يأتى

: «فيتعين مراعاة للمصلحة العامة ضمان شهر التصرفات العقارية بتقرير جزاء قانونى يكون أشد صرامة من مجرد عدم إمكان التمسك بهذه التصرفات فى وجه غير المتعاقدين : فيتحتم إذن جعل التسجيل شرطاً أساسياً لانتقال الملكية والحقوق العينية بالنسبة للمتعاقدين ولغير المتعاقدين على السواء»[1] وورد فى المذكرة الإيضاحية لقانون تنظيم الشهر العقارى : «أما الفقرتان الثانية والثالثة من هذه المادة (التاسعة) فهما مطابقتان للفقرتين الثانية والثالثة من المادة الأولى من القانون الحالى (قانون التسجيل) . ولم ير إجراء أى تعديل فى نصوصهما، اكتفاء بما استقرت عليه أحكام محكمة النقض تفسيراً لهذه النصوص . وهذه الأحكام تقضى بأن الحقوق العينية المشار إليها فى هذه المادة لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول إلا بالتسجيل ومن تاريخ هذا التسجيل ، دون أن يكون لهذا التسجيل أثر رجعى ينسحب إلى تاريخ التصرف نفسه . كما أنها تقضى بأنه بمجرد انعقاد التصرف الواجب شهره يكون لمن عقد التصرف لمصلحته جميع الحقوق التى من شأن هذا التصرف أن يرتبها له ، عدا انتقال الحق العنى فيتراخى هذا الانتقال حتى حصول التسجيل»[2] .

ثالثاً : إن القول بالأثر الرجعى للتسجيل فيما بين المتعاقدين يتعارض مع الغرض الأساسى الذى توخاه المشرع بالتعديل الجوهرى الذى أدخله على نظام الشهر كما كان مقرراً فى التقنين المدنى السابق . فقد قصد المشرع فى قانون التسجيل وفى قانون تنظيم الشهر العقارى أن يكون انتقال الملكية فيما بين المتعاقدين كانتقالها بالنسبة إلى الغير بالتسجيل، توطيداً لدعائم الملكية العقارية بجعل انتقالها حتى فيما بين المتعاقدين خاضعاً للشهر والعلانية ، فقبل ذلك لا تنتقل الملكية . وفى هذا استقرار لنظام انتقال هذه الملكية، ودافع يحفز المتعاقدين إلى المبادرة بتسجيل عقودهم ما دامت هذه العقود لا تنقل الملكية أصلا حتى فيما بينهم قبل أن تسجل ، ولا تنتقل الملكية إلا من وقت التسجيل، وذلك كله تمهيداً لإدخال نظام السجل العقارى فى مصر . ولو قلنا إن الملكية تنتقل فيما بين المتعاقدين بالتسجيل ولكن من وقت العقد ، لاتسعت أمام المشترى أسباب التراخى فى تسجيل عقده ، ما دام موقناً إنه مهما أبطأ فى هذا التسجيل فان الملكية تنتقل إليه من وقت العقد بمجرد تسجيله ، فيستوى عنده إذن أن يسرع فى التسجيل أو أن يبطئ ما دامت النتيجة واحدة فى الحالتين .

(١) المذكرة الإيضاحية لقانون التسجيل فقرة ٤ .

(٢) المذكرة الإيضاحية لقانون تنظيم الشهر العقارى فقرة ١٧ — وتستمر المذكرة الايضاحية فى نفس الفقرة فتقول : «ففى عقد البيع مثلا لمشترى العقار الحق فى تسلمه وفى الحصول على ريع وثمراته طبقاً لأحكام هذا العقد قبل التسجيل . وكذلك لهذا المشترى الحق فى مطالبة البائع بتنفيذ التزامه بنقل الملكية تنفيذاً عينياً ، فاذا امتنع أو تأخر جاز للمشترى أن يحصل فى مواجهته على حكم بإثبات عقد البيع ، فيقوم هذا الحكم مقام العقد المصدق على التوقيع فيه ويكون قابلاً للتسجيل» .

رابعاً : إن القول بالأثر الرجعى للتسجيل فيما بين المتعاقدين يعود بنا إلى جعل الملكية تنتقل فى تاريخين مختلفين ، من وقت العقد فيما بين المتعاقدين ومن وقت التسجيل بالنسبة إلى الغير . وفى هذا شذوذ أراد المشرع فى كل من قانون التسجيل وقانون تنظيم الشهر العقارى تجنبه ، بالقضاء على التمييز بين المتعاقدين والغير وما يترتب على ذلك من وجوب تحديد من هو الغير تحديداً لا يخلو من الإشكال والتعقيد .

خامساً — قد استقر قضاء محكمة النقض على أن ليس للتسجيل أثر رجعى فى نقل الملكية فيما بين المتعاقدين ، فلا تنتقل الملكية فيما بينهما إلا من وقت التسجيل لا قبل ذلك .

فقد قضت محكمة النقض بأن الشارع إنما قصد فى قانون التسجيل تأخير نقل الملكية إلى أن يتم تسجيل العقد . فليس التسجيل بمثابة شرط توقيفى ينسحب بتحققه أثر العقد إلى يوم تاريخه ، ولذلك لا يعتبر المشترى مالكاً إلا من يوم تسجيل عقد شرائه . فاذا حصل دائن على اختصاصه بعقار اشتراه مدينه بعقد ثابت التاريخ ولكنه لم يسجل، فليس له أن يحتج بهذا الاختصاص على من اشترى العقار بعد ذلك من المدين وسجل عقده، إذ أن الاختصاص يكون فى هذه الحالة قد أوقع والعقار غير مملوك للمدين . وقد جاء فى أسباب هذا الحكم ما يأتى : «وبما أن ما تقول به الطاعنة من ان تسجيل عقد البيع هو بمثابة شرط توقيفى لانتقال الملكية إذا ما حقق انسحب أثره إلى الماضى هو قول خاطئ ، فان حقيقة ما رمى إليه الشارع من قانون التسجيل هو تأخير نقل الملكية ريثما يتم تسجيل عقد التصرف، من غير أن يجعل ذلك التسجيل بمثابة شرط توقيفى لو وقع يكون له أثر رجعى يجعل التصرف ناقلا للملكية من يوم تاريخه العرفى أو الثابت على صورة الالتزامات التوقيفية المنصوص عنها فى المواد ١٠٥ وما يليها من القانون المدنى (القديم) . لم يرم الشارع إلى غير ذلك ، وإلا لكان ذهب بحكمة تشريع قانون التسجيل من وجوب حماية الغير من العقود والالتزامات التى لم تشهر بواسطة التسجيل . ولعل من أحد الأمثلة التى تتكشف به هذه الحكمة ما هو مسلم به طراً من أن عقد الرهن العقارى الذى يعقده المشترى لعين قبل تسجيل عقد شرائه إياها هو عقد باطل ، لأنه لم يصادف عيناً فى ملك الراهن. وحق الاختصاص هو مثيل الرهن العقارى ، ويجب أن ينصب على ما هو فى ملك المدين ملكاً واقعياً على مقتضى أحكام قانون التسجيل»[1] .

وقضت محكمة النقض أيضاً بأن استناد أثر الشرط إلى الماضى على النحو المستفاد من نص المادة ١٠٥ من القانون المدنى (القديم) إنما يصح حيث يكون التعليق على الشرط ناشئا عن إرادة المتعاقدين . أما حيث يكون القانون هو الذى قرر الشرط وعلق عليه حكما من الأحكام ، فان الحكم المشروط لا يوجد ولا يثبت إلا عند تحقق شرطه ، أما

(١) نقض مدنى ٩ فبراير سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٦٤ ص ٤٩٧ .

قبله فلا، لأن الأصل أن الأثر لا يسبق المؤثر . وعلى هذا لا محل لتطبيق المادة ١٠٥ المذكورة في غير باب التعهدات والعقود ، وبصفة خاصة لا محل لتطبيقها على ما كان من الشروط جعليا مردوداً إلى إرادة الشارع كشرط التسجيل لنقل الملكية ، لأن هذا النوع من الشرط باق على أصله فلا انسحاب لأثره على الماضي . على أن القول بالأثر الرجعي للتسجيل فيه منافاة لمقصود الشارع في وضع قانون التسجيل . فالحكم الذى يقضى برفض دعوى الشفعة ،بناء على أن الشفيع لم يكن مالكاً للعين المشفوع بها يوم اشتراها بل من تاريخ تسجيل عقد الشراء ، لا يكون مخالفاً للقانون فى نفيه الأثر الرجعى للتسجيل. وقد جاء فى أسباب هذا الحكم ما يأتى : «وحيث أن استناد أثر الشرط إلى الماضى، على النحو المستفاد من نص المادة ١٠٥ من القانون المدنى (القديم) إنما يصح حيث يكون التعليق على الشرط ناشئا عن إرادة المتعاقدين . أما حيث يكون القانون هو الذى قرر الشرط وعلق عليه حكماً من الأحكام، فان الحكم المشروط لا يوجد ولا يثبت إلا عند تحقيق شرطه ، أما قبله فلا. ذلك لأن الأصل أن الأثر لا يسبق المؤثر . غير أن الشارع قد لاحظ أن العاقدين إذا يعلقان اتفاقهما على شرط – أى على أمر مستقبل قد يوجد وقد لا يوجد – يكونان جاهلين مآل الشرط فلا يعرفان هل يتحقق أو يتخلف ، فقدر أنهما لو كان على علم بهذا المآل لأقاما عليه اتفاقهما منذ البداية . وعلى هذا التقدير أو الفرض القانونى قامت نظرية الأثر الرجعى للشرط ، ولا مبرر لها فى الشرائع التى أخذت بها إلا أنها تعبر عن إرادة العاقدين ، فقصر تطبيقها من أجل ذلك على دائرة الاتفاق . وقد التزم القانون نفسه هذه الدائرة ، فأورد نص المادة ١٠٥ التى قررت الأثر الرجعى للشرط فى باب التعهدات والعقود ، وعلى ذلك فلا محل لتطبيق هذا النص فى غير هذا الباب . وبصفة خاصة لا محل لتطبيقه على ما كان من الشروط جعلياً مردوداً إلى إرادة الشارع – كشرط التسجيل لنقل الملكية – لأن هذا النوع من الشروط باق على الأصل ، فلا انسحاب لأثره على الماضى . وبحيث أنه فضلاً عما تقدم فان القول بالأثر الرجعى للتسجيل فيه منافاة لمقصود الشارع من وضع قانون التسجيل. ذلك لأن هذا القول يثير من جديد التمييز بين الغير وبين العاقدين ، والقضاء على هذا التمييز بالذات كان بعض ما أريد بوضع هذا القانون . ثم إن هذا القول أيضاً من شأنه أن يضعف جزاء عدم التسجيل ، فى حين أن واضع القانون المذكور إنما أراد أن يكون هذا الجزاء صارماً رادعاً ليحمل المتعاملين على المبادرة إلى التسجيل قصد تمهيد الطريق لنظام السجلات العقارية المرجو إنشاؤه فى المستقبل»[1] .

(١) نقض مدنى ٢١ نوفمبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١١٢ ص ٢٥٥ .

وقد قضت محكمة النقض أيضاً بأن التسجيل إنما يترتب أثره من تاريخ حصوله ، ولا يرتد إلى تاريخ سابق عليه . فاستناد الحكم إلى أن عقد البيع غير المسجل يعتبر معلقاً على شرط التسجيل بالنسبة إلى نقل الملكية ، حتى إذا ما تحقق الشرط ارتد أثره إلى تاريخ التسجيل – ذلك غير صحيح، لأن ارتداد أثر الشرط إلى الماضى إنما يصح حيث يكون التعليق على الشرط ناشئا عن إرادة المتعاقدين . أما حيث =

٢٨٢ – الرأى المعارض – للتسجيل أثر رجعى فيما بين المتعاقدين – ملاحظات مبدئية : ونحن نؤثر الرأى المعارض، ونذهب إلى القول بأن الأثر الرجعى للتسجيل فيما بين المتعاقدين هو الذى يتفق مع طبيعة البيع وطبيعة نظام التسجيل ومقتضيات الصناع القانونية[1] .

ونتقدم قبل إيراد الحجج التى نستند إليها بالملاحظات الآتية لجلاء الموقف :

الملاحظة الأولى – لا شك فى إن الملكية بالنسبة إلى الغير لا تنتقل إلا من وقت التسجيل، وذلك يرجع إلى طبيعة التسجيل والمهمة التى يقوم بها . فهذه المهمة هى إعلام الناس بوقوع تصرف قانونى ، فبديهى ألا يسرى هذا التصرف فى حق الناس ممن يعنيهم الأمر – وهؤلاء هم الغير – إلا من وقت التمكن من العلم بالتصرف عن طريق التسجيل، أى من وقت التسجيل [2] .

والملاحظة الثانية – إن الاستناد إلى القول بأن التسجيل شرط واقف فى نقل الملكية

=يكون للقانون قد أوجب إجراء معيناً ورتب عليه أثراً قانونيا ، فهذا الأثر لا يتحقق إلا بتمام الاجراء ولا ينسحب إلى الماضى . فإذا قضى الحكم بالشفعة بناء على مجاورة أرض الشفيع للأرض المشفوع فيها من حدين (القبلى والشرقى مثلا) ، بمقولة أن تسجيل الشفيع عقد شرائه الأرض الواقعة فى الحد الشرقى يرتد أثره إلى تاريخ العقد ، فإنه يكون قد أخطأ (نقض مدنى ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٣٥ ص ١١٨) .

وقضت محكمة النقض كذلك بأن الأصل أن أثر التسجيل فى نقل الملكية لا يترتب إلا على تسجيل العقد أو الحكم الذى من شأنه حق الملكية أو أى حق عينى آخر ، وأن هذا الأثر لا ينسحب إلى الماضى. ولا يحتج على ذلك بالمواد ٧ و١٠ و ١٢ من قانون التسجيل ، لأنها إذا أجازت تسجيل صحائف الدعوى ورتبت على التأشير بمنطوق الحكم انسحاب أثر التأشير إلى تاريخ تسجيل الصحيفة، فإنما أجازته على سبيل الاستثناء حماية لأصحاب تلك الدعاوى قبل من ترتبت لهم حقوق عينية على ذات العقار. وهو استثناء لا يصح التوسع فيه أو القياس عليه . وإذن فاذا كان الحكم ، وهو فى صدد المفاضلة بين أى الملكين أرض الشفيع أو أرض المشترى تعود عليه منفعة أكثر ، أسقط اعتبار الشفيع مالكاً لجزء من الأطيان التى يشفع بها على أساس أن تسجيل الحكم الصادر بصحة التعاقد عنها لاحق لعقد المشترى الذى تولد عنه حق الشفعة ، فانه لم يخطئ فى تطبيق القانون (نقض مدنى ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٥ ص ٧٤ – أنظر أيضا : نقض مدنى ٨ يناير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٤٤ ص ٣٠٩ – استئناف مختلط ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٤٥ م ٥٨ ص ٨ – عكس ذلك : محكمة الاسكندرية الوطنية استئناف ١٤ يناير سنة ١٩٣٠ الجريدة القضائية ٦٩ ص ١٨).

(١) وقد أشرنا إلى تأييدنا لهذا الرأى فى كتابنا عقد الإيجار فقرة ٤٨٠ . وأول من قال بهذا الرأى الأستاذ عبدالسلام ذهنى (الأموال جزء ٢ فقرة ٦٢٧ – مقاله فى المحاماة ٦ ص ٦٠٦ – ٦٠٧).

(٢) ويمكن القول إن الملكية تنتقل بالتسجيل من وقت العقد ، ولكن انتقال الملكية لا يسرى فى حق الغير إلا من وقت التسجيل . فانتقال الملكية يقع من وقت العقد إطلاقا، وتراخيه إلى وقت التسجيل فى حق الغير هو عدم نفاذ لا عدم انتقال .

فيما بين المتعاقدين لتبرير الأثر الرجعى للتسجيل شرط واقف فى نقل الملكية فيما بين المتعاقدين لتبرير الأثر الرجعى للتسجيل استنادا خاطئ . وقد كانت محكمة النقض موفقة كل التوفيق عندما استظهرت أن الشرط الواقف لا يكون إلا فى منطقة الإرادة ، أما حيث يكون القانون هو الذى قرر الشرط وعلق عليه حكما ، فان هذا الحكم المشروط لا يوجد إلا عند تحقق شرطه ومن وقت تحقق هذا الشرط ، لأن الأثر لا يسبق المؤثر ، وما كان من الشروط جعلياً مردوداً إلى إرادة الشارع كشرط التسجيل لنقل الملكية لا ينسحب أثره إلى الماضى (١).

والملاحظة الثالثة – إن القول بالأثر الرجعى للتسجيل فيما بين المتعاقدين ليست له أهمية كبيرة من الناحية العملية ، إذ أن تقرير الأثر الرجعى وأنكار هذا الأثر لا يختلفان كثيراً من حيث الحلول العملية للمسائل التى تعرض لتطبيق كل من القولين . ولكن القول بالأثر الرجعى ، من ناحية الصناعة القانونية ، أكثر استساغة من إنكار هذا الأثر فى بعض المسائل، وفى مسائل أخرى قليلة يكون دون غيره هو القول الحق وفى هذه المسائل وحدها تبرز أهميته العملية .

وبعد أن فرغنا من تجلية الموقف بهذه الملاحظات ، نأتى بأمثلة القول فيها بالأثر الرجعى هو أكثر استساغة من ناحية الصناعية القانونية ، ثم نأتى بأمثلة أخرى يكون فيها هذا القول هو وحده القول الحق .

٢٨٣ – القول بالأثر الرجعى أكثر استساغة من ناحية الصناعة القانونية : نسوق هنا مسائل يبين فيها أن تقرير الأثر الرجعى وإنكاره يستويان من ناحية النتائج العملية ، ولكن القول بالأثر الرجعى يكون أكثر استساغة من ناحية الصناعة القانونية .

(١) تنص الفقرة الثانية من المادة ٤٥٨ مدنى على ما يأتى : «وللمشترى ثمر المبيع ونماؤه من وقت تمام البيع ، وعليه تكاليف المبيع من هذا الوقت أيضاً . هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيره» . فالقانون ينص هنا على أن ثمر المبيع ونماءه يكون من وقت تمام البيع – لا من وقت تمام التسجيل – للمشترى ، وعليه تكاليف المبيع من وقت تمام البيع أيضا . ويقول الفقه فى تفسير هذا الحكم إنه يرد إلى التزام البائع بالتسليم، فهو ملزم بتسليم المبيع وملحقاته ، والثمر هو من ملحقات المبيع ، فيكون البائع ملزماً بتسليمه مع المبيع. وفى هذا التعليل توسيع لفكرة «ملحقات المبيع» أكثر مما تحتمله طبيعة الملحقات . فملحقات الشئ ليست جزءاً منه يتولد عنه كالثمر والنماء . بل هو شئ مستقل عنه أعد بصفة دائمة لاستعماله فيكون ملحقاً به . وقد حددت المادة ٤٣٢

(١) أنظر فى الشرط أمر عارض ، وفى أن الأثر الرجعى لتحقق الشرط إنما يرجع إلى النية المحتملة للمتعاقدين ، ولو أنهما كانا عند التعاقد يعرفان مآل الشرط لما علقا العقد عليه ولجعلاه عقداً بسيطاً منجزاً الوسيط جزء ٣ فقرة ١٥ – فقرة ١٦ وفقرة ٤٢ ص ٦٥ .

مدنى ملحقات المبيع على الوجه الآتى : «يشمل التسليم ملحقات الشئ المبيع وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشئ ، وذلك طبقاً لما تقضى به طبيعة الأشياء وعرف الجهة وقصد المتعاقدين» . فتملك المشترى ثمر المبيع من وقت تمام البيع ، على أساس أن هذا الثمر ملحق بالشئ المبيع فيكون واجب التسليم للمشترى ، لا يستقيم من ناحية الصناعة القانونية (١). وهو فى الوقت ذاته لا يفسر كيف يكون على المشترى تكاليف المبيع من وقت تمام البيع ، وفكرة التسليم هنا لا دخل لها . والذى يستقيم ويكون أكثر استساغة من ناحية الصناعة القانونية أن نقول إن المشترى يصبح مالكاً للمبيع من وقت تمام البيع بالنسبة إلى البائع ، وباعتباره مالكاً من هذا الوقت يملك ثمر ملكه ونماء هذا الملك ويكون عليه تكاليفه(٢) . وهذا التأصيل يقتضى القول بالأثر الرجعى للتسجيل ، فاذا سجل المشترى البيع انتقلت إليه ملكية المبيع بالتسجيل، ولكن من وقت تمام العقد ، فيصبح مالكا للثمر والنماء ويكون عليه التكاليف من هذا الوقت أيضاً .

(٢) إذا تصرف المشترى فى المبيع قبل أن يسجل عقد شرائه ، فمن ينكر الأثر الرجعى للتسجيل يعتبره قد تصرف فيما لا يملك ، حتى لو سجل عقد شرائه بعد التصرف. ومن يقر الأثر الرجعى يعتبره قد تصرف فيما يملك ، ما دام قد سجل عقد شرائه بعد التصرف والرأى الثانى يصل فى نتيجته العملية إلى ما يصل إليه الرأى الأول ، وهو أكثر استساغة من الناحيـة القانونيـة . ويبين ذلـك فى الفرض الآتـى : أ اشترى عقاراً فى أول يناير ولم يسجل عقد شرائه . وفى ١٥ يناير باع العقار إلى ب وسجل ب عقد شرائه فى اليوم نفسه(٣) . وفى ٣٠ يناير سجل أ عقد شرائه. فعلينا فى هذا الفرض

(١) ولا يستقيم كذلك القول بأن ملكية النماء لا تتبع بالضرورة ملكية العقار الذى يغلها ، كما هو الأمر فى عقد الإيجار فان المستأجر يملك الثمار دون العين ذاتها (الأستاذ عبدالفتاح عبدالباقى فقرة ٩٩ ص ١٥٩) . ذلك أن الثمار فى عقد الإيجار تملك بصفة أصلية والعقد واقع عليها بالذات لتمليكها ، بخلاف ثمر المبيع فملكيته تنتقل تبعا لانتقال ملكية المبيع إلى المشترى ولا يقع البيع عليه بالذات .

(٢) ويبدو أن محكمة النقض تربط كسب ثمار المبيع بانتقال الملكية إلى المشترى ، لا بأن الثمار من ملحقات المبيع . فقد قضت بأن عقد البيع لم يزل بعد قانون التسجيل من عقود التراضى ، ولذلك يبقى البائع ملزما بموجب العقد بتسليم المبيع **ونقل الملكية للمشترى** ، كما يبقى المشترى ملزماً بأداء الثمن إلى غير ذلك من الالتزامات التى ترتبت بينهما على التقابل بمجرد حصول البيع . كما أنه ليس للبائع، لعدم تسجيل العقد وتراخى نقل الملكية بسببه ، أن يدعى لنفسه ملك المبيع على المشترى لأن من يضمن نقل الملك لغيره لا يجوز له أن يدعيه لنفسه . ومقتضى ذلك أن يكون البائع ملزماً للمشترى بتسليم المبيع وبغلته إن لم يقم بتسديدها فالحكم الذى لا يعطى المشترى الحق فى ريع الشئ المبيع عن المدة السابقة على تاريخ تسجيل عقد البيع يكون حكما خاطئا متعينا نقضه (نقض مدنى ٤ يونيه سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٧٤ ص ١١٥٠) .

(٣) كان ب يتمكن من تسجيل عقد شرائه قبل أن يسجل أ عقده . ثم صدر قرار وزارى فى ٢٦ مايو سنة ١٩٢٦ يقضى بعدم جواز تسجيل العقد إلا بعد تسجيل العقود الأصلية السابقة التى تكون مؤرخة منذ أول يناير سنة ١٩٢٤ والتى تكون واجبة التسجيل وفقا لأحكام قانون التسجيل . وجاء قانون تنظيم الشهر العقارى مؤكداً لهذا الحكم ، فنصت المادة ٢٣ منه على أنه «لا يقبل من =

أن نوازن بين الرأى الذى ينكر الأثر الرجعى والرأى الذى يقر هذا الأثر . فعلى الرأى الأول يكون أ باع فى ١٥ يناير إلى ب عقاراً غير مملوك له ، إذ كان يومذاك لم يسجل عقد شرائه. ولما سجله فى ٣٠ يناير ، أصبح مالكا من هذا التاريخ فقط لانعدام الأثر الرجعى . ولكنه، بعد أن أصبح مالكا للعقار الذى باعه قبل أن يملكه ، يكون قد صحح البيع الذى صدر منه، فأصبح ب مالكا للعقار ، ولكن من يوم ٣٠ يناير أى من اليوم الذى أصبح فيه البائع مالكا فانتقلت منه الملكية إلى ب . وعلى الرأى الثانى الذى يقر الأثر الرجعى ، يكون أ بتسجيله عقد شرائه فى ٣٠ يناير قد أصبح مالكا للعقار بأثر رجعى يستند إلى أول يناير يوم تمام البيع ، ويكون فى ١٥ يناير عندما باع العقار إلى ب قد باع ما يملك فانتقلت الملكية إلى ب فى نفس اليوم بتسجيل ب لعقد شرائه . فعلى الرأيين إذن يصح عقد البيع الصادر من أ إلى ب ، وتنتقل به الملكية من الأول إلى الثانى . ولكن الملكية تنتقل إلى ب فى ٣٠ يناير بحسب الرأى الذى ينكر الأثر الرجعى، وتنتقل فى ١٥ يناير أى فى اليوم نفسه الذى صدر فيه البيع إلى ب بحسب الرأى الذى يقر الأثر الرجعى [١] .

(٣) إذا أحدث البائع بناء فى الأرض المبيعة قبل أن يسجل المشترى عقد شرائه، ثم سجل المشترى العقد ، فاذا أنكرنا الأثر الرجعى ولم تنتقل الملكية إلى المشترى إلا من وقت التسجيل، كان البائع بانياً فى أرض يملكها وقت أن بنى. وإذا قلنا بالأثر الرجعى وانتقلت الملكية بالتسجيل من وقت البيع،كان البائع بانياً فى أرض لا يملكها فيعامل معاملة البانى بسوء نية فى أرض غيره. وهذا الحل الثانى هو الذى اختاره القضاء لأنه هو الحل العادل، ولكن القضاء مع ذلك لم يؤسسه على فكرة الأثر الرجعى للتسجيل وكان تأسيسه على هذه الفكرة أكثر استساغة من الناحية القانونية . فقد قالت محكمة استئناف مصر: «إنه إذا أحدث البائع بناء جديداً أو زيادة فى المبيع قبل التسليم فيعتبر كأنه أقامة فى غير ملكه، حتى ولو كان ذلك قبل تسجيل العقد، لأن بالتسجيل تنتقل الملكية من يوم حصوله، غير أن باقى الالتزامات الأخرى الناشئة من البيع تكون واجبة الأداء من تاريخ التعهد بالبيع، لأنها فى الحقيقة التزامات شخصية تأخذ حكمها القانونى من وقت التعهد. ومن حيث

=المحررات فيما يتعلق بإثبات أصل الملكية أو الحق العينى وفقا لأحكام المادة السابقة إلا : (١) المحررات التى سبق شهرها. (٢) المحررات التى تتضمن تصرفا مضافاً إلى ما بعد الموت ثم قبل العمل بأحكام هذا القانون . (٣) المحررات التى ثبت تاريخها قبل سنة ١٩٢٤ من غير طريق وجود توقيع أو ختم لإنسان توفى . (٤) المحررات التى تحمل تاريخا سابقا على سنة ١٩٢٤ إذا كان قد أخذ بها قبل العمل بأحكام هذا القانون فى محررات تم شهرها أو نقل التكليف بمقتضاها لمن صدرت لصالحه .

(١) والأخذ بالأثر الرجعى هنا أكثر استساغة ، إذ هو يعود بالنفع على ب ومن يتعامل معه دون أن يضر أحداً . فاذا فرض أن ب رهن العقار فى المدة ما بين ١٥ يناير و ٣٠ يناير ، كان رهنه صحيحاً لأنه صادر من المالك بحسب الرأى الذى يقر الأثر الرجعى ، وكان باطلا وفقاً للتقنين المدنى السابق لأنه صادر من غير مالك بحسب الرأى الذى ينكر الأثر الرجعى .

أنه من ضمن هذه الالتزامات امتناع البائع بمجرد التعهد عن كل ما يزيد أو ينقص فى المبيع — وهو التزام يقتضيه الالتزام بتسليم المبيع كما هو وقت التعهد المذكور . ومن حيث أن هذه الزيادة لا يمكن تسليمها للمشترى دون مقابل، لأن فى ذلك إثراء من غير مقابل يحرمه القانون المدنى ، وعلى المشترى الذى يقبل المبيع بهذه الزيادة أن يتبع القواعد التى رسمها القانون فيما يختص بالغراس أو البناء فى أرض الغير» [١] . وقد أيدت محكمة النقض هذا الحكم ، فقضت بأن البائع ملزم بتسليم العقار المبيع بحالته التى هو عليها وقت تحرير العقد. فاذا هو أقدم قبل نقل الملكية للمشترى بتسجيل العقد أو الحكم الصادر بصحة التعاقد، فأحدث زيادة فى هذا العقار (بناء) بينما المشترى يطالبه ويقاضيه لتنفيذ تعهده ، فلا مخالفة لقانون التسجيل فى أن تعتبره المحكمة — بعد أن صدر الحكم بصحة التعاقد وسجل — كأنه أحدث تلك الزيادة فى أرض مملوكة لغيره ، يفصل فى أمرها قياساً على حالة من أحدث غراساً أو بناء فى ملك غيره [٢] . ولا شك فى أن القول بالأثر الرجعى هنا أفضل، من ناحية الصناعة القانونية ، من إنكار هذا الأثر . فاننا إذا أنكرنا الأثر الرجعى ، كما فعل القضاء ، كان من الواجب التسليم بأن البائع قد بنى فى ملكه وقت أن بنى . ولا يمكن الوصول ، من طريق أن البائع ملزم بألا يحدث تغييراً فى العين المبيعة وهو الطريق الذى اختارته محكمة النقض ، إلا إلى شئ قريب مما وصلت إليه المحكمة ، ولكن ليس هو بالذات . وكل ما نصل إليه هو أن البائع قد أخل بالتزامه فى إلا يبنى فى الأرض المبيعة ، فيطلب إليه تنفيذ التزامه عينا ، فيهدم البناء ويأخذه أنقاضاً ، وقد يؤثر ذلك على أن يأخذ ثمن البناء مستحق الهدم ، فلا يستطيع المشترى إجباره على إبقاء البناء [٣] . فواضح إذن أننا لو أخذنا بفكرة الأثر الرجعى للتسجيل ، لوصلنا عن طريق مأمون إلى النتيجة التى نشدتها محكمة النقض وهى اعتبار البائع بانياً بسوء نية فى

(١) استئناف مصر ٢٣ فبراير سنة ١٩٢٣ المحاماة ١٣ رقم ٣٨ ص ٩٦ .

(٢) نقض مدنى ٨ ديسمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٨١ ص ١٥٢ — وانظر أيضا : نقض مدنى ٢٩ مارس سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٣٨ ص ٦٠١ .

(٣) ويخطو الأستاذ حلمى بهجت بدوى خطوة أقرب إلى النتيجة التى وصلت إليها محكمة النقض، ولكنه مع ذلك يسلم بأن هناك فرقاً بين ما وصلت إليه محكمة النقض وبين ما يؤدى إليه التطبيق السليم للقواعد العامة، فيقول: إن البائع ملزم بمقتضى عقد البيع بألا يحدث تغييرات فى العين. فإذا أحدث هذه التغييرات ، بأن أقام بناء فى العقار المبيع، فللمشترى الحق فى أن يطلب منه إزالته على مصاريفه، لا تطبيقاً للمادة ٦٥ مدنى (قديم)، وإنما تطبيقاً لأحكام عقد البيع . وليست هذه الإزالة فى مصلحة البائع لأنه سوف يتسلم البناء أنقاضاً ، وقد يكون من مصلحة المشترى استبقاء البناء على أن يتفق مع البائع على مقدار التعويض الواجب دفعه، وهو فى أى صورة لا يقل عن قيمة البناء مستحق الهدم. فاذا امتنع البائع رغم ذلك وأصر على هدم البناء ، وقد يعتبر هذا الإصرار من جانبه تعنتا وتعسفا فى استعمال حقه فى إزالة البناء. وفرق بين هذه النتيجة وبين الحكم بتثبيت ملكية المشترى على أساس الالتصاق على أن يقدر التعويض الواجب دفعه بعد ذلك» (مجلة القانون والاقتصاد ٣ ص ٧٥١) .

أرض غيره، وإجباره إذا شاء المشترى على إبقاء البناء فى الأرض مقابل قيمة مستحق الهدم [١].

والواقع من الأمر أننا نواجه فى الأمثلة التى قدمناها الموقف الآتى : المشترى لم يسجل عقد شرائه ، ولكنه قد حصل فعلا على المزايا التى كان يحصل عليها لو أن الملكية قد انتقلت إليه من وقت البيع . فهو يكسب ثمرة المبيع من هذا الوقت ، ويستطيع أن يتصرف فى المبيع قبل أن يسجل ، ولا يستطيع البائع أن يبنى فى الأرض المبيعة وإلا اعتبر بانياً فى أرض غيره . ونريد أن نعلل هذه المزايا . فبدلا من تعليلها التعليل القريب المستساغ وذلك بالقول بأنه متى سجل المشترى العقد اعتبرت الملكية منتقلة إليه من وقت تمام العقد فساغ أن يحصل على المزايا المتقدمة الذكر [٢]، نلجأ إلى تعليلات مختلفة لكل حالة تعليلها الخاص، وجانب الإغراب فى جميعها ظاهر .

على أن الأمر لا يقتصر على ذلك ، بل إن هناك أمثلة أخرى يكون فيها القول بالأثر الرجعى ، ليس فحسب القول الأكثر استساغة من ناحية الصناعة القانونية ، بل هو وحده القول الحق ، وننتقل إلى بيان ذلك .

٢٨٤ – القول بالأثر الرجعى هو وحده القول الحق : ونسوق فى هذا الصدد الأمثلة الآتية :

(١) نفرض أن شخصاً باع عقاراً مملوكاً له ، ولم يسجل المشترى عقد شرائه حتى شهر إفلاس البائع ، ثم سجل[٣]. فإذا قلنا بالأثر الرجعى ، اعتبر المشترى مالكاً من وقت البيع، وجاز له أخذ العقار المبيع من التفليسة دون أن يزاحمه الدائنون . أما إذا أنكرنا الأثر الرجعى ، فان التسجيل لا ينقل الملكية إلا من وقت إجرائه أى بعد شهر الإفلاس ، فلا تنتقل ، ويبقى المشترى دائناً شخصياً يزاحمه سائر دائنى البائع المفلس فى ثمن العقار المبيع . ولا نتردد فى إيثار الحل الأول ، اذا ثبت أن البيع الذى صدر قبل الإفلاس هو بيع صحيح لا شائبة فيه من تواطؤ أو غش .

(١) وإذا فرضنا أن المشترى هو الذى أقام البناء على الأرض المبيعة بعد أن تسلمها وقبل أن يسجل، وسبقه إلى التسجيل مشتر ثان انتقلت إليه ملكية الأرض بالتسجيل، فالواجب فى هذه الحالة معاملة المشترى الأول معملة البانى فى أرض غيره وهو حسن النية، لأنه وقت أن بنى كان يعتقد أنه لا يعتدى على حق لأحد وإن كان يعلم أن الأرض لم تصبح بعد مملوكة له. فهو فى الواقع من الأمر– وإن كان قبل التسجيل لم يصبح مالكاً– يحق له أن يتصرف فى المبيع، بالنسبة إلى البائع، كما لو كان مالكا.

(٢) ولعل هذا يعين على توضيح القاعدة التى تقضى بتحميل تبعة الهلاك للمشترى بعد القبض ولو قبل التسجيل ، فان المشترى لا يكون مالكاً للمبيع فى هذه الحالة لأنه لم يسجل عقده ، ومع ذلك يتحمل تبعة هلاكه لأنه يكون بالنسبة إلى البائع فى حكم المالك .

(٣) ليس فى التقنين التجارى ما يمنع المشترى من التسجيل بعد شهر إفلاس البائع ، والممنوع هو قيد حقوق الامتياز والرهن (٢/٥٨٩ تجارى جديد) . ومع ذلك قارن نقض مدنى ٢٠ سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٩٢ ص ٨٩٤ .

ومثل الافلاس الإعسار ، فاذا صدر البيع قبل تسجيل صحيفة دعوى الاعسار [١] ، وسجل بعد تسجيلها ، كان للتسجيل أثر رجعى واعتبر المشترى مالكاً قبل تسجيل صحيفة دوى الإعسار ، فله أن يأخذ العقار المبيع ولا يزاحمه فيه الدائنون .

وكان الأمر كذلك، فى ظل العمل قبل تقنين المرافعات الأسبق ، فى مشترى العقار من المدين قبل تسجيل الدائن لتنبيه نزع الملكية . فاذا اشترى شخص العقار من مدين قبل أن يسجل الدائن تنبيه نزع الملكية على هذا العقار ، ثم سجل المشترى عقد شرائه ، اعتبر مالكاً من وقت البيع أى قبل تنبيه نزع الملكية، فيخلص العقار للمشترى ولا يجوز للدائن السير فى إجراءات التنفيذ[٢]. ولكن تقتين المرافعات السابق أتى بنص خاص فى هذه المسألة جعل الدائن العادى معتبراً من الغير منذ تسجيل تنبيه نزع الملكية ، فلا يسرى عليه البيع الصادر من المدين إذا كان هذا البيع قد سجل بعد تسجيل التنبيه[٣].

(٢) نفرض أن شخصاً باع عقاراً مملوكاً له، ولم يسجل المشترى عقد شرائه حتى مات البائع، ثم سجل، وكانت تركة البائع معسرة. فاذا قلنا بالأثر الرجعى للتسجيل، اعتبر المشترى مالكاً من وقت البيع، وخلص له العقار المبيع دون أن يزاحمه فيه دائنو التركة. اما إذا أنكرنا الأثر الرجعى، فالتسجيل لا ينقل الملكية إلا من وقت إجرائه ، ولما كانت التركة معسرة امتنع انتقال ملكية العقار المبيع إلى المشترى وزاحمه فى ثمنه دائنو التركة [٤].

(٣) نفرض أن بيع العقار وقع فى أول يناير ، ورهن المشترى العقار رهناً رسمياً فى ١٥ يناير قبل أن يسجل عقد شرائه وقيد الدائن المرتهن الرهن فى اليوم ذاته، ثم سجل

(١) أنظر م ٢٥٧ مدنى.

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن تسجيل التنبيه بنزع الملكية لا ينشئ للدائن العادى نازع الملكية حقاً عينياً على العقار يجوز له التمسك بعدم تسجيل التصرفات الصادرة من المدين قبل تسجيل التنبيه، وكل ما فى الأمر أن يصبح فى هذه من الغير الذين لا يحتج عليهم بالعقود العرفية إلا إذا كان تاريخها ثابتاً قبل تاريخ تسجيل التنبيه : أنظر نقض مدنى ١٩ يناير سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ٩٣ ص ١٦٥ – ١٩ ديسمبر سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٣٠٩ ص٣٨٨ – الأستاذ عبدالحميد أبو هيف فى التنفيذ فقرة ٧٠٢ – أنظر عكس ذلك الأستاذ محمد حامد فهمى فى التنفيذ فقرة ٣٤٦ – وقارن الأستاذ عبدالمنعم البدراوى فقرة ٢٠٩ ص ٣٢٤ – ص ٣٢٥.

(٣) وهذا النص هو المادة ٤٠٥ مرافعات ، وتجرى على الوجه الآتى : «لا ينفذ تصرف المدين أو الحائز او الكفيل العينى فى العقار ، ولا ما يترتب عليه من رهن أو اختصاص أو أمتياز ، فى حق الحاجزين ولو كانوا دائنين عاديين ، ولا فى حق الدائنين المشار إليهم فى المادة ٤١٧ ولا الراسى عليه المزاد ، إذا كان التصرف أو الرهن أو الاختصاص أو الامتياز قد حصل شهره بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية» . أنظر الأستاذ رمزى سيف فى التنفيذ طبعة ثالثة فقرة ٣٨٣ ص ٣٣٣.

(٤) وفى الفرض الذى يموت فيه البائع عن تركة موسرة قبل أن يسجل المشترى ، ثم يسجل ، نؤثر القول بأن الملكية تنتقل إلى المشترى فى مواجهة الورثة – وليسو من الغير – من وقت تمام البيع لا من وقت التسجيل . وهذا القول أكثر استساغه من القول بأنه الالتزام بنقل الملكية يبقى فى التركة أو ينتقل إلى الورثة . فبقاء الالتزام بنقل الملكية فى التركة تفضله فكرة الأثر الرجعى ، وانتقال الالتزام إلى الورثة لا يتفق مع مبادئ الفقه الإسلامى التى تقضى بأن الورثة لا تنتقل إليهم الديون .

المشترى البيع فى ٣٠ يناير . فإذا أخذنا بالأثر الرجعى للتسجيل، وجب القول بأن المشترى عندما سجل فى ٣٠ يناير قد أصبح مالكاً للعقار منذ أول يناير وقت تمام البيع . فيكون وقت أن رهن العقار فى ١٥ يناير قد رهن عقاراً مملوكاً له ، ويكون الرهن صحيحاً ويأخذ مرتبته من يوم قيده أى من يوم ١٥ يناير . أما إذا أنكرنا الأثر الرجعى للتسجيل ، فقد وجب القول بأن المشترى لم يصبح مالكاً للعقار إلا يوم ٣٠ يناير وقت إجراء التسجيل، فيكون وقت أن رهن العقار فى ١٥ يناير غير مالك له . وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ١٠٣٣ مدنى على أنه «إذ كان الراهن غير مالك للعقار المرهون ، فان عقد الرهن يصبح صحيحاً إذا أقره المالك الحقيقى بورقة رسمية ، وإذا لم يصدر هذا الإقرار فان حق الرهن لا يترتب على العقار إلا من الوقت الذى يصبح فيه هذا العقار مملوكاً للراهن» . ويترتب على ذلك أن الرهن فى المثل الذى قدمناه لا يترتب على العقار إلا يوم ٣٠ يناير وهو اليوم الذى أصبح فيه العقار مملوكاً للمشترى الراهن ، ويأخذ مرتبته يوم ٣٠ يناير لا يوم ١٥ يناير كما هو الأمر لو أخذنا بالأثر الرجعى للتسجيل . ويترتب على هذا الفرق النتيجة العملية الآتية : لو أن المشترى قبل أن يسجل عقده رهن العقار مرة ثانية وقيد الدائن المرتهن عقده فى ٢٠ يناير ، فان اعتبرنا أن الرهن الأول يأخذ مرتبته فى ١٥ يناير وفقاً للقول بالأثر الرجعى ، لأخذ الرهن الثانى مرتبته فى ٢٠ يناير وتأخر عن الرهن الأول. أما لو أنكرنا الأثر الرجعى ، فان الرهن الثانى يأخذ مرتبته فى ٣٠ يناير كالرهن الأول ، ويتعادل الرهنان فلا يفضل أحدهما على الآخر . ونحن نؤثر الأخذ بالأثر الرجعى لأنـه أكثر انطباقاً على طبائع العلاقات القانونية التى نحن بصددها[1] .

(٤) نفرض مشترياً لعقار لم يسجل عقده، وبيع عقار مجاور لعقاره توافرت فيه شروط الأخذ بالشفعة، فطلب الأخذ بالشفعة ثم سجل عقده. فلو أخذنا بالأثر الرجعى، لاعتبر المشترى مالكاً للعقار المشفوع به قبل بيع العقار المشفوع فيه، ولأمكنة الأخذ بالشفعة. أما إذا أنكرنا الأثر الرجعى— وهذا ما فعلته محكمة النقض [2]— فان المشترى لا يعتبر مالكاً للعقار المشفوع به إلا بعد بيع العقار المشفوع فيه، فلا يمكنه الأخذ بالشفعة.

(١) قارن محكمة النقض فى ٩ فبراير سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٦٤ ص ٤٩٧، حيث لم تأخذ بهذا الرأى ، وأبطلت حق اختصاص قيد على عقار لمشتر قبل أن يسجل المشترى عقد شرائه ، ثم سجل المشترى العقد بعد ذلك وتصرف فى العقار ، فاعتدت المحكمة بهذا التصرف الأخير ولم تعتد بحق الاختصاص ، مع أن المشترى من المشترى كان يستطيع أن يكون على علم بحق الاختصاص المقيد لولا خطأ قلم الكتاب — أنظر أيضا فى المعنى الذى قضت به محكمة النقض محكمة الاستئناف المختلطة فى ٥ مايو سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٥٤ .

(٢) فى حكمها الصادر فى ٢١ نوفمبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١١٢ ص ٢٥٥ — وانظر أيضا: نقض مدنى ٧ ديسمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٦٦ — ص ٤٦٥ — ٤ أبريل سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٨٥ ص ١٤٥ — ٨ نوفمبر سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٦ ص ٣٢ — ١٨ فبراير سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٨٢ ص ٥٣٠ .

ونؤثر الأخذ بالأثر الرجعى ، وإعطاء المشترى الحق فى الأخذ بالشفعة . ولو قلنا بالرأى الذى ذهبت إليه محكمة النقض ، لترتب على ذلك أن الشفيع يكون فى هذه الحالة هو المالك السابق الذى باع للمشترى العقار المشفوع به ، فقد كان مالكاً لهذا العقار وقت بيع العقار المشفوع فيه [1]. ولا شك فى أنه بين المالكين المتعاقبين — البائع للعقار المشفوع به والمشترى إياه — المشترى هو الباقى مجاوراً للعقار وهو الأولى بالأخذ بالشفعة ، إلا إذا قيل إن الشفعة فى هذه الحالة لا تكون لأحد منهما فيتعطل بذلك حق قرره القانون وتهيأت الأسباب لكسبه .

(٥) نفرض أن شخصاً باع داراً ، وقبل أن يسجل المشترى عقد شرائه أجر البائع الدار لشخص آخر ، ثم سجل المشترى . فإذا أخذنا بالأثر الرجعى للتسجيل لكانت ملكية الدار منتقلة إلى المشترى قبل صدور عقد الإيجار ، فلا يسرى الإيجار فى حق المشترى تطبيقاً للفقرة الأولى من المادة ٦٠٤ مدنى التي تجرى على الوجه الآتى : «إذا انتقلت ملكية العين المؤجرة اختياراً أو جبراً إلى شخص آخر ، فلا يكون الإيجار نافذاً فى حق هذا الشخص إذا لم يكن له تاريخ ثابت سابق على التصرف الذى نقل الملكية» . أما إذا أنكرنا الأثر الرجعى، فان ملكية الدار لا تنتقل إلى المشترى إلا وقت إجراء التسجيل أى فى وقت تال لصدور الإيجار، فيسرى الإيجار فى حق المشترى .

ونؤثر الأخذ بالأثر الرجعى هنا ، فلا يكون الإيجار فى المثل المتقدم سارياً فى حق المشترى، وهذا هو الرأى الذى أخذنا به فى عهد التقنين المدنى للسابق [2].

(١) وقد قيل بهذا فعلا (أنظر الأستاذ عمر ابو شادى فى شهر الحقوق العقارية ص ١٤٦).

(٢) عقد الإيجار للمؤلف فقرة ٤٨٠ — وكانت المادة ٤٧٤/٣٨٩ من التقنين المدنى تجعل البيع السابق — لا نقل الملكية — هو الذى يفسخ عقد الإيجار . وقد كتبنا إذ ذاك ما يأتى : «ولا نرى أن قانون التسجيل الحديث ... أثر فى الأحكام المتقدمة ، فلا يزال البيع غير المسجل يفسخ الإيجار إذا لم يكن عقد الإيجار سابقاً عليه فى التاريخ ، فان البيع غير المسجل بيع صحيح ينتج كل آثاره عدا نقل الملكية . وعلى ذلك يجوز للمشترى قبل أن يسجل عقده أن يطلب من المستأجر إخلاء العين بعد التنبيه عليه بذلك فى الميعاد القانونى . وعلى كل حال فان المشترى إذا قام بتسجيل عقده ، انتقلت إليه ملكية العين بأثر رجعى من تاريخ العقد لا من تاريخ التسجيل بالنسبة للبائع ودائنيه الشخصيين ومنهم المستأجر، فيعتبر المشترى مالكاً من وقت البيع أى من وقت لم يثبت أن تاريخ الإيجار سابق عليه ، فينفسخ الإيجار حتى مع التسليم بأن نقل ملكية العين المؤجرة لا البيع ذاته هو الذى يفسخ عقد الإيجار» (عقد الإيجار للمؤلف فقرة ٤٨٠) . والآن بعد أن جعل التقنين المدنى الجديد نقل ملكية العين المؤجرة هو الذى يفسخ الإيجار اللاحق، فلا يزال ما قلناه فى هذا الصدد صحيحا .

ويمكـن القـول أيضاً ، فى عهـد قانون الإصلاح الزراعى ، إنه لو باع شخص لآخر أرضازراعية بعقد ثابت التاريخ ، قبـل نفاذ قانـون الإصـلاح الزراعـى ، ثم سجل العقد بعد نفاذ هذا القانون ، فان ملكية الأرض تنتقل فيما بين البائع والمشـترى من تاريخ العقد لا من تاريخ التسجيل ، أى قبل نفاذ قانون الإصلاح الزراعى لا بعد نفاذه . وقد يترتب علـى ذلك بعض النتائج الهامة ، يضيق المقام هنا عن بحثها .

٢٨٥ – القول بالأثر الرجعى هو الذى يتفق مع القواعد العامة : والآن بعد أن استعرضنا أمثلة يستساغ فيها من ناحية الصناعة القانونية إقرار الأثر الرجعى أكثر مما يستساغ إنكاره ، وأمثلة أخرى يبدو فيها أن القول بالأثر الرجعى هو وحده القول الحق ، يبقى أن نبين لماذا يستعصى إنكار الأثر الرجعى على كثير من المسائل ، ولماذا يفضله إقرار الأثر الرجعى فى مسائل أخرى .

قد يكون المشرع لم يفكر فى الأثر الرجعى للتسجيل بتاتاً ، بل قد يبدو أن قصد المساواة بين الغير والمتعاقدين فى انعدام الأثر الرجعى ، ويتبين ذلك من المذكرة الإيضاحية لقانون تنظيم الشهر العقارى . ولكن المبادئ العامة للقانون تأبى إلا أن يكون للتسجيل فى نظام الشهر الشخص أثر رجعى فيما بين المتعاقدين .

ذلك أن التسجيل له مهمة لا يجوز أن يتخطاها ، فهذا تقضى عليه طبيعته، ومهمته فى نظام الشهر الشخصى تختلف عن مهمته فى نظام الشهر العينى ، مهمته فى نظام الشهر الشخصى هى إعلام الناس بوقوع التصرف وليست نقل الحق ، فالعقد فى هذا النظام هو الذى ينقل الحق . أما مهمته فى نظام الشهر العينى فهى نقل الحق ، إذ التسجيل فى نظام السجل العقارى وليس العقد هو الذى ينقل الحق [1].

فيجب إذن ، فى نظام الشهر الشخصى، أن يؤدى كل من العقد والتسجيل مهمته فى حدودها المرسومة . فينقل العقد الملكية ، إذ هو السبب فى نقلها . ولا يتراخى المسبب عن السبب إلا لمانع . ولا يوجد فيما بين المتعاقدين مانع من إعمال السبب فى الحال، والتسجيل ليس بمانع ، فمهمته كما قدمنا إعلام الناس بوقوع التصرف والمتعاقدان يعلمان بوقوع التصرف قبل التسجيل فهما اللذان باشراه. أما بالنسبة إلى الغير ، فهناك مانع من إعمال السبب فى الحال ، فوجب أن يتراخى المسبب حتى يقوم التسجيل بمهمته وهى إعلام هذا الغير بوقوع التصرف . ومن ثم لا يجوز ، كأصل عام، فى نظام شهر شخصى أن يتراخى انتقال الملكية فيما بين المتعاقدين إلى وقت إجراء التسجيل، وإلا انتقلنا إلى نظام الشهر العينى فى ناحية منه دون أن نحتاط للنواحى الأخرى .

ولكن المشرع، فى قانون التسجيل وفى قانون تنظيم الشهر العقارى، نص صراحة على أن الملكية لا تنتقل إلا بالتسجيل حتى فيما بين المتعاقدين. يقال عادة إن هذه خطوة أراد بها المشرع أن يحث المتعاقدين على المبادرة إلى تسجيل عقودهم ، فأرجأ نقل الملكية فيما بين المتعاقدين حتى يتم التسجيل. ولكن حتى يصل المشرع إلى تحقيق هذه الغاية، يتحتم عليه أن يجعل التسجيل ذاته لا العقد هو الذى ينقل الملكية. أما إذا جعل البيع هو

---

(١) والتسجيل فى نظام السجل العقارى يتم بموجب عقد مجرد (acte astrait) ، غير عقد البيع. فعقد البيع ينشئ التزاماً بنقل الملكية ، والعقد المجرد أى التسجيل هو الذى ينقلها تنفيذاً لهذا الالتزام.

الذى ينقل الملكية . وأرجأ مع ذلك نقل الملكية فيما بين المتعاقدين إلى وقت إجراء التسجيل ، فمعنى ذلك أن التسجيل هو الذى ينقل الملكية فيما بين المتعاقد لا البيع[1]، ومعنى ذلك أيضاً أن المشرع يخلط بين نظامين متعارضين نظام الشهر الشخصى ونظام الشهر العينى [2].

أما ونحن لا نزال فى نظام الشهر الشخصى ، ولا نزال نعتبر البيع عقداً رضائياً هو

---

(١) أو إذا نقل البيع الملكية فلابد أن يكون مسجلا ، ومن ثم يصبح البيع عقداً شكلياً لا يتم إلا بالتسجيل ، وهذه نظرية قد هجرت منذ عهد بعيد كما سبق القول .

(٢) والواقع أننا نشك كثيراً فى فائدة استحداث قانون التسجيل وقانون الشهر لقاعدة انتقال الملكية فيما بين المتعاقدين بالتسجيل مع البقاء فى نظام الشهر الشخصى . فما دمنا فى هذا النظام مضطرين إلى التسليم بأن البيع لا التسجيل هو سبب كسب الملكية ، فان هذه القاعدة المستحدثة لا تترتب عليها أهمية كبيرة. وأكبر خطر يتعرض له المشترى المتقاعد عن التسجيل لا يزال هو خطر تصرف البائع إلى مشتر آخر وسبق هذا إلى تسجيل عقده ، وهذا الخطر كما نرى لا يرجع إلى قاعدة انتقال الملكية فيما بين المتعاقدين ، بل إلى قاعدة انتقالها بالتسجيل فى حق الغير .

أما انتقال الملكية بالتسجيل فيما بين المتعاقدين ، فلا تظهر أهميته العملية حقاً إلا فى نظام الشهر العينى حيث التسجيل ذاته هو الذى ينقل الملكية ، فيجب أن يكون نقلها من وقت إجراء التسجيل سواء بالنسبة إلى الغير أو فيما بين المتعاقدين .

ويؤيد ما نقول أن الناس لم تبادر إلى تسجيل عقودهم بعد صدور قانون التسجيل بأكثر مما كانوا يفعلون قبل صدوره . ويقول الأستاذ أنور سلطان (ص ١٩١) : «وعلاجاً لهذه الحالة أصدر المشرع عدة تشريعات لجأ فيها إلى طرق مختلفة لحمل الناس على تسجيل عقودهم» . ويقول الدكتور محمود شوقى فى كتاب الشهر العقارى علماً وعملا (ص ٣٩ – ص ٤٠) : «ولقد حاول الشارع منذ سنة ١٩٤٢ أن يعالج كل نقص بعد قانون سنة ١٩٢٣ ، وذلك بقوانين وقرارات مختلفة أهمها : (١) المرسوم بقانون الصادر فى أول نوفمبر سنة ١٩٢٥ بتخفيض الرسم النسبى المخصص على تسجيل بعض العقود، وذلك بجعله ٣ ونصف فى المائة بدلا من ٥٪ . وقد قصد المشرع بذلك إلى تشجيع جمهور المتعاملين على إجراء الشهر نظراً لما لاحظه من قلة الاقبال عليه رغم شدة الجزاء المترتب على ذلك الإهمال . (٢) القرار الصادر فى ٢٦ مايو سنة ١٩٢٦ والذى يقضى بتسجيل العقود المتتالية ... (٣) القرار الصادر فى ٢٦ مايو سنة ١٩٢٦ المنفذ بالقرار الصادر فى ١٣ يوليو سنة ١٩٢٨ والمتمم بالقانون رقم ٢٨ لسنة ١٩٢٨ وكلها تتضمن : (أولا) وجوب تحصيل رسم التسجيل عند التوثيق أو التصديق على التوقيع . (ثانياً) منع المحاكم من إثبات تاريخ المحررات التى أوجب القانون شهرها ... (ثالثا) تنظيم الرقابة المفروضة على البيانات التى يجب أن تشتمل عليها العقود واجبة الشهر . (٤) القانون رقم ٣٠ لسنة ١٩٤٢ الذى حرم ابتداء من أول يناير سنة ١٩٤٣ قبول تسجيل العقود التى تستند إلى ثبوت تاريخها قبل أول يناير سنة ١٩٢٤ على وجود إمضاء أو ختم لإنسان توفى ، نظراً لما لوحظ من شيوع التزوير . (٥) القرار الصادر فى ١٥ أبريل سنة ١٩٤٤ الذى يقضى بعدم قبول العقود العرفية التى لم يثبت تاريخها قبل أول يناير سنة ١٩٢٤ كأصل للملكية فى المحررات الرضائية المقدمة للشهر إلا إذا كانت هذه العقود قد سبق أن تقدمت فى محررات تم شهرها» .

السبب القانونى فى نقل الملكية [1] ، فلابد من إعمال البيع وإنتاج أثره فى الحال حيث لا يحول دون ذلك مانع . وأثره هو نقل الملكية ، فينبغى أن ينقلها فى الحال . ولكن لما كان نقلها بالنسبة إلى الغير يقتضى إعلام الغير بالبيع وهذه هى مهمة التسجيل، فقد وجب القول بأن انتقال الملكية لا ينفذ – وهذا أدق من القول بأن الملكية لا تنتقل – فى حق الغير إلا من وقت إجراء التسجيل . ولما كان نقلها فيما بين المتعاقدين لا يكون إلا بالتسجيل إذ جاء النص صريحاً فى ذلك ، فقد وجب القول بأن انتقال الملكية فيما بين المتعاقدين يجب لتحقيقه إجراء التسجيل مطاوعة للنص . ووجب القول فى الوقت ذاته بأن الملكية بعد تسجيل البيع تنتقل فيما بين المتعاقدين من وقت تمام البيع لا من وقت التسجيل ، مطاوعة للمبادئ العامة ، ولطبيعة البيع الذى لا يزال هو السبب فى نقل الملكية، ولمهمة التسجيل فى نظام الشهر الشخصى التى لا تزيد على إعلام الغير بوقوع التصرف ولا شأن لها فى العلاقة ما بين المتعاقدين [2] . مثل ذلك البيع مع خيار التعيين،

(1) وتقول محكمة النقض أن «الملكية لا تنتقل بالتسجيل وحده ، وإنما تنتقل بأمرين : أحدهما أصلى أساسى وهو العقد الصحيح الناقل للملكية ، وثانيهما تبعى وهو التسجيل . وإذن فالعقود الصورية المبنية على الغش والتدليس لا يصححها التسجيل» (نقض مدنى ٣ يونيه سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر رقم ٦٨ ص ١٨٣).

(2) ويقترب الأستاذ جميل الشرقاوى كثيراً من هذا الرأى عندما يذهب إلى أن التسجيل فى البيع يتصل بالسند لا بالتصرف ذاته ، وأثره منحصر فى منح السند قوة إثبات الحق قبل الغير : وتخلفه يؤدى إلى سلب السند هذه القوة ، أما التصرف نفسه فلا يتأثر بعدم التسجيل من حيث إنتاجه لجميع آثاره فيما بين المتعاقدين ومنها نقل الملكية . ويقول فى هذا الصدد : «وما دمنا نسلم بتمام الاتفاق على البيع وصحة التصرفات المكونة له قبل إتمام التسجيل ، فمعنى هذا أن تترتب آثار التصرف التى يتم بها البيع، بمعنى أنه ينشأ على عاتق المشترى التزام بالثمن وعلى البائع التزام بالتسليم والتزام بالضمان ، ضمان فعله وفعل الغير . ولذا فان تنفيذ هذه الالتزامات من جانب المشترى بالوفاء بالثمن ومن جانب البائع بالتسليم وفاء صحيح لالتزامات قائمة ، ولا يستطيع البائع أن يطالب برد حيازة المبيع بحجة أن الملكية لم تنتقل لأن تسجيل العقد لم يتم . ومن هذا يبدو أنه لا مناص من التسليم بأن الملكية تنتقل بين البائع والمشترى بمجرد التراضى ، ذلك أن نص القانون على صورته الحالية لا يمكنه أن يمنع انتقال كل ميزات حق الملكية للمشترى فى مواجهة البائع .... وأحكام محكمة النقض المصرية تفترض فى قضائها انتقال الملكية رغم عدم التسجيل ، ولعلها تعبر عن ذلك فى قولها .. إن المشترى متصرف إليه ، أى مشتر وليس دائناً عاديا ، أى له أن يقتضى من البائع كل التزاماته . ويظهر هذا الاتجاه بصورة أكثر جدية – لأنه يتعلق بترتيب نتائج على هذا الافتراض – فى قضائها السابق على هذا الحكم بأن البائع إذا بنى فى عقار باعه بعقد غير مسجل فهو بان فى ملك غيره ... ولذا فاننا نتساءل عن معنى عدم انتقال الملكية بين البائع والمشترى إلا بالتسجيل ، ما دام المشترى يحصل على كل ميزات حق الملكية فى مواجهة البائع . ويبدو أن واضعى هذا الحكم لم يفكروا كثيراً فى معناه من هذه الناحية ، وإنما كان قصدهم بوضعه على هذه الصورة إظهار قصد المشرع إلى التشدد فى طلب التسجيل ، لما لوحظ من إهمال المصريين القيام بإجراءات التسجيل» (الأستاذ جميل الشرقاوى فى رسالته فى نظرية بطلان التصرف القانونى ص ١٥٦ هامش رقم ١ – وأنظر أيضاً كتابه فى البيع ص ١٦٤ وهامش رقم ١ من هذه الصفحة) .

ففى هذا البيع التزم البائع أن ينقل ملكية أحد شيئين يختاره المشترى ، فوجب التربص حتى يتم إجراء الاختيار ، وهو إجراء يقابل إجراء التسجيل فى بيع العقار، فاذا ما تم انتقلت الملكية إلى المشترى ولكن من وقت لابيع لا من وقت إعمال الخيار [1] .

وإذا كان المشرع قد قصد أن يحث الناس على المبادرة إلى تسجيل عقودهم ، فنص على وجوب التسجيل لانتقال الملكية حتى فيما بين المتعاقدين، فان الواجب إعمال النص ، ولكن يجب فى الوقت ذاته التوفيق بينه وبين النظام القانونى فى مجموعه ، ولا يتم للمشرع قصده كاملا إلا إذا انتقل إلى نظام الشهر العينى ، فأدخل السجل العقارى.

(1) ولا يعترض على هذا التمثيل بأن التسجيل إجراء قانونى وليس شرطاً واقفاً يرجع إلى الإرادة ، بينما خيار المشترى شرط واقف ، يرجع إلى الإرادة . فقد بينا فى الجزء الثالث من الوسيط أنه لا يجوز أن يكيف الخيار فى الالتزام التخييرى بأنه شرط واقف ، وقلنا فى هذا الصدد ما يأتى : «ولا يجوز أن يكيف الالتزام التخييرى بأن كلا من محاله المتعددة واجب الأداء معلقاً على شرط اختيار ، وقد كان بعض الفقهاء الفرنسيين يذهبون إلى ذلك . ذلك أن الالتزام المعلق على شرط واقف قد علق على أمر غير محقق الحصول ، أما الاختيار فى الالتزام التخييرى – اختيار محل ما – فهو أمر محقق لابد من حصوله. وإذا هو لم يحصل ممن له حق الاختيار بالذات ، فإنه لابد حاصل ممن أقامه القانون مقامه : القاضى فى حالة م إذا كان الخيار للمدين ، والمدين فى حالة ما إذا كان الخيار للدائن» (الوسيط جزء ٣ فقرة ٨٩) . وقلنا فى مكان آخر : «وأيا كان الشخص الذى يثبت له حق الخيار ، فإنه متى أعمل حقه واختار المحل الواجب الأداء على النحو الذى قدمناه ، صار هذا المحل وحده هو محل الالتزام.. ويستند هذا التعيين بأثر رجعى إلى الماضى .. وليس هذا الاستناد إلى الماضى يرجع إلى أن المحل المعين كان محلا للالتزام معلقاً على شرط واقف هو أن يقع عليه الاختيار ، فقد قدمنا أن الالتزام التخييرى ليس بالتزام شرطى .، وإنما يرجع الاستناد إلى أن المحل الذى عين كان منذ البداية محلا للالتزام، إلا أن هذه المحلية كانت شائعة بينه وبين المحال الأولى ، فبتعيينه تركزت المحلية فيه .. ويترتب على هذا الأثر الرجعى ... (٢) إذا كانت محال الالتزام التخيير نقل ملكية أشياء متعددة ، ووقع الاختيار على شئ واحد من هذه الأشياء ، وكان نقل الملكية يتم بمجرد نشوء الالتزام كما فى المنقول المعين بالذات، فإن ملكية الشئ الذى وقع عليه الاختيار تعتبر قد انتقلت منذ نشوء الالتزام لا منذ إعمال حق الخيار، ويعتبر الدائن مالكاً للشئ منذ البداية» (الوسيط جزء ٣ فقرة ٩٧) .

ولا يقاس دور التسجيل بدور الإفراز فى نقل ملكية الشئ غير المعين إلا بالنوع ، فيقال كما أن الإفراز بنقل الملكية من وقت تمامه لا من وقت البيع فكذلك التسجيل (أنظر فى هذا المعنى الأستاذ عبدالمنعم البدراوى فقرة ٢٠٧ ص ٣١٤ – ص ٣١٥) ذلك أن التسجيل إنما يكون فى عقار معين بالذات ، فلم تستعص طبيعته على أن يكون نقل الملكية فيه بين المتعاقدين من وقت العقد، وهذا ما تقرر فى خيار التعيين حيث كل من الشيئين معين بالذات . أما فى الإفراز فالشئ غير معين بالنوع ، فطبيعته تستعصى على أن تنتقل ملكيته إلا من وقت التعيين ، إذ الملكية لا تنتقل إلا فى شئ معين بالذات .

ونرى من ذلك أن المشترى غير المسجل ليس مجرد دائن عادى، بل تسميه محكمة النقض المشترى أو المتصرف إليه . ويصف القضاء المختلط حق هذا المشترى بأنه حق مضاف إلى العقار (jus ad rcm) تمييزاً له عن محض الحق الشخصى (jus in personam) ، وتقريباً له من الحق العينى (jus in rem) .

وعندئذ يكون التسجيل لا البيع هو الذى ينقل الملكية ، ولا تنتقل إلا من وقت إجراء التسجيل، سواء بالنسبة إلى الغير أو فيما بين المتعاقدين .

كل هذه الاعتبارات قد واجهت الفقه والقضاء في مصر ، فأحسا وجوب العمل بالنص، وهذا حق . ولكنهما كانا مدركين أن البيع ظل على طبيعته من عقود التراضي، ولم يصبح عقداً شكلياً يتم بالتسجيل[1] . واقتضى هذا أن يترتب على البيع جميع آثاره ومنها نقل الملكية، ما لم يحل دون ذلك طبيعة التسجيل ومهمته. فواجه الفقه والقضاء المسائل التى لا يقوم بها هذا الحائل، والتى يتعين فيها القول بأن الملكية تنتقل فيما بين المتعاقدين من وقت البيع لا من وقت التسجيل، ففى بعضها وصلا إلى هذه النتيجة، ولكنهما التمسا للوصول إليها طرقاً أخرى استمداها من طبيعة البيع ذاتها، وكان فى وسعهما ما دام قد سايرا طبيعة البيع أن يلتزماها إلى النهاية، وأن يقولا بأن البيع هو الذى نقل الملكية فيما بين المتعاقدين فوجب أن ينقلها من وقت تمامه لا من وقت إجراء التسجيل. وفى مسائل أخرى اضطرب الأمر، وغلب ظاهر النص على طبيعة الروابط القانونية، فاتجه الفقه والقضاء اتجاهاً يتعارض مع طبيعة البيع ومع مهمة التسجيل فى نظام الشهر الشخصى .

٢٨٦ – القول بالأثر الرجعى لا يتعارض مع نصوص القانون: ولا يقتصر القول بالأثر الرجعى على أنه هو القول الذى يتفق مع القواعد العامة على النحو الذى بسطناه ، بل هو لا يتعارض مع نصوص القانون، فليس فى هذه النصوص نص يمنع من الأخذ به.

فالمادة الأولى من قانون التسجيل تنص على أن «جميع العقد الصادرة بين الأحياء.. والتى من شأنها إنشاء حق ملكية أو حق عينى آخر أو نقله أو تغييره أو زواله .. يجب إشهارها بواسطة تسجيلها .. ويترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول لا بين المتعاقدين ولا بالنسبة لغيرهم». فالنص يوجب تسجيل عقد البيع، ويرتب على عدم تسجيله أن الملكية لا تنتقل لا بين المتعاقدين ولا بالنسبة إلى الغير. ويؤخذ من ذلك أن البيع إذا سجل، انتقلت الملكية به فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى الغير. هذا كل ما ورد فى النص صراحة أو دلالة. ولم يعرض النص لتحديد الوقت الذى تنتقل فيه الملكية إذا ما سجل البيع. فوجب أن نرجع فى ذلك إلى مهمة التسجيل فى نظام الشهر الشخصى، وإلى طبيعة البيع بعد صدور قانون التسجيل. فمهمة التسجيل تحدد الوقت الذى تنتقل فيه الملكية بالنسبة إلى الغير، ولا يمكن أن يكون إلا وقت إجراء التسجيل. وطبيعة البيع تحدد الوقت الذى تنتقل فيه الملكية فيما بين المتعاقدين، فما

(١) أنظر مثلا ما يقول الأستاذ جميل الشرقاوى : «ونحن نعتقد أن مؤيدى فكرة الأثر الرجعى للتسجيل يعبرون بهذه الفكرة عن إحساس بمثل ما جعلنا نقول إن العقد غير المسجل ينقل فى الواقع الملكية إلى المشترى فى العلاقة بينه وبين البائع . والدليل على ذلك أنهم يربطون بها تفسير حق المشترى فى الثمار وتحريم البناء أو الغراس فى العقار المبيع على البائع ، وهى أحكام لا تبرر فى اعتقادنا إلا مع التسليم بالملكية للمشترى » (الأستاذ جميل الشرقاوى فى البيع ص ١٦٩ هامش رقم ٢) .

دامت الملكية تنتقل بالبيع وجب أن تنتقل عند تمامه، ولا تحول مهمة التسجيل دون ذلك.

وبالرغم من أن الرأى الذى نقول به كان قائماً فى الفقه وقت صدور قانون تنظيم الشهر العقارى ، فان هذا القانون قد صدر وهو لا يكاد يختلف فى صياغته عن قانون التسجيل، وليس فى نصوصه ما يتعارض مع القول بالأثر الرجعى . فقد نصت المادة التاسعة منه على أن «جميع التصرفات التى من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله .. يجب شهرها بطريق التسجيل .. ويترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول ، لا بين ذوى الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم » .

ثم صدر التقنين المدنى الجديد بعد صدور قانون تنظيم الشهر العقارى ، فنصت الفقرة الأولى من المادة ٩٣٤ من هذا التقنين على أنه «فى المواد العقارية لا تنتقل الملكية ولا الحقوق العينية الأخرى ، سواء أكان ذلك فيما بين المتعاقدين أم كان فى حق الغير، إلا إذا روعيت الأحكام المبينة فى قانون تنظيم الشهر العقارى». وجاء فى المذكرة الإيضاحية لمشروع التقنين المدنى فى هذا الصدد ما يأتى : «أما فى العقار فلا تنتقل الملكية ولا الحقوق العينية الأخرى ، حتى فيما بين المتعاقدين ، إلا بالتسجيل . ولكن متى تم التسجيل تعتبر الملكية منتقلة ، فيما بين المتعاقدين ، من وقت العقد لا من وقت التسجيل ، لأن سبب نقل الملكية هو العقد» [1] .

٢٨٧ – ثانيا – نقل الملكية بالنسبة إلى الغير – هل يشترط حسن النية فى المشترى الذى سجل عقده أولا – نظرة عامة : قدمنا أن انتقال الملكية بالنسبة إلى الغير يكون بالتسجيل ومن وقت إجراء التسجيل . فلو أن شخصاً باع عقاراً مملوكا له لمشتر ثم باع نفس العقار لمشتر ثان ، وسجل المشترى الثانى قبل أن يسجل المشترى الأول ، فان المشترى الثانى يعتبر الأول من الغير[2] ومن ثم لا تنتقل إليه الملكية إلا من وقت تسجيل عقده . ولما كان المشترى الثانى قد سجل عقده أولا فقد انتقلت إليه الملكية ، فلا يمكن بعد ذلك أن تنتقل إلى المشترى الأول حتى لو سجل عقده بعد ذلك ، ولهذا يفضل المشترى الثانى فى هذه الحالة على المشترى الأول . ونرى من ذلك أنه إذا اشترى شخصان متعاقبان عقاراً واحداً من مالكه ، كان أسبقهما تسجيلا هو المفضل ، فلا يسرى فى حقه البيع المتأخر فى التسجيل ولو كان هذا البيع أسبق فى التاريخ الثابت[3] .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٤١ .

(٢) وقد قدمنا عند الكلام في التقنين المدنى السابق كيف يكون تحديد الغير فى التسجيل (أنظر آنفا فقرة ٢٦٩) .

(٣) ويشترط فى التفضيل بحسب أسبقية التسجيل أن تكون التصرفات المتعارضة صادرة من شخص واحد هو المالك ، وأنها جميعاً تصرفات صحيحة نافذة . فاذا صدر تصرف من المالك ، فضل ولو لم يسجل على تصرف من غير المالك ولو سجل ، ولكن المشترى من غير المالك يملك بالتقادم الخمسى إذا =

ويخلص من ذلك أن المشترى لعقار إذا بادر إلى تسجيل عقد شرائه فلم يسبقه أحد ، تنتقل إليه الملكية ، حتى بالنسبة إلى شخص اشترى نفس العقار قبله . فهل هذه القاعدة مطلقة ، أو هى مقيدة بحسن نية المشترى الذى سجل أولا؟ يمكن أن نتصور فى هذه المسألة حلولا ثلاثة :

(الحل الأول) أن يشترط فى صحة التسجيل أن يكون المشترى حسن النية ، فلا يكون وقت أن اشترى عالماً بالتصرف السابق . فإذا كان عالماً به لم يكن حسن النية ، ومن ثم لا يستطيع التمسك بتسجيل سنده أولا .

(والحل الثانى) ألا يشترط حسن النية فى التسجيل، ويكفى اشتراط عدم التواطؤ. فيفضل المشترى الذى سبق إلى تسجيل سنده حتى لو كان وقت أن اشترى عالماً بالتصرف السابق، ما دام غير متواطئ مع البائع على الإضرار بالمشترى الأول الذى تأخر فى تسجيل عقده. أما إذا كان متواطئاً مع البائع ، فانه لا يستطيع التمسك بتسجيل سنده. وهذا الحل يجعل للتسجيل قوة أكبر من القوة التى يجعلها له الحل الأول .

(والحل الثالث) ألا يشترط فى صحة التسجيل لا حسن النية ولا عدم التواطؤ. فيفضل المشترى الذى سبق إلى تسجيل عقده، حتى لو كان وقت أن اشترى عالماً بالتصرف السابق، وحتى لو كان متواطئاً مع البائع على الإضرار بالمشترى الأول. ويرجع المشترى الأول الذى فاتته ملكية العقار بالتعويض على البائع، ويرجع على المشترى الثانى أيضاً بالتعويض إذا كان متواطئاً مع البائع. ولكنه لا يستطيع أن يستخلص لنفسه ملكية العقار، فقد خلصت ملكيته للمشترى الثانى بالتسجيل. وهذا الحل يجعل التسجيل فى أعلى مراتبه من القوة، فيكاد يدانى فى قوته التسجيل فى نظام الشهر العينى. ولا يجوز فى هذا الحل الأخير للمشترى الأول أن يطعن فى البيع المسجل إلا بالدعوى البولصية، إذا توافرت شروطها . فيجب إذن أن يكون البائع معسراً، ونفرض لتصور ذلك أنه كان لا يملك إلا العقار الذى باعه، فلم يعد عنده مال للوفاء بتعويض المشترى الأول. فى هذه الحالة يستطيع المشترى الأول، وهو دائن للبائع بالتعويض، أن يطعن فى البيع المسجل بالدعوى البولصية، فيجعله غير نافذ فى حقه. ولكن العقار لا تخلص ملكيته للمشترى الأول، ولا يستطيع إلا أن ينفذ عليه بالتعويض الذى له، فيأخذ التعويض من ثمنه بعد بيعه فى المزاد الجبرى، ويزاحمه فى هذا الثمن دائنو البائع الآخرون وفقاً للقواعد المقررة فى الدعوى البولصية، وهكذا نرى أن للتسجيل فى هذا الحل الثالث أكبر مراتب القوة، فهو حتى إذا طعن فيه بالدعوى البولصية وأصبح غير نافذ فى حق المشترى الأول، لم تخلص لهذا المشترى ملكية العقار، بل لا يكون له عليه إلا حق التنفيذ بالتعويض على الوجه الذى قدمناه .

= كان حسن النية . وإذا سبق إلى التسجيل تصرف باطل أو صورى ، فضل عليه التصرف الصحيح النفاذ ولو سجل بعد ذلك .

ويخلص من ذلك أن هناك تدرجاً فى قوة التسجيل بحسب الحل الذى يؤخذ به. فأضعف ما يكون التسجيل عندما يشترط فى صحته حسن نية المشترى . ثم يتدرج فى القوة إذا لم يشترط حسن النية ، ولكن اشترط عدم التواطؤ . وأقوى ما يكون التسجيل إذا لم يشترط لا حسن النية ولا عدم التواطؤ ، فلا يبقى إلا الطعن فيه بالدعوى البولصية إذا كان البائع معسراً ، ولا تخلص للدائن ملكية العقار فى هذه الحالة ، بل لا يكون له إلا حق التنفيذ .

فأى رأى من هذه الآراء الثلاثة هو الواجب الأخذ به ؟ يختلف ذلك باختلاف العهود الثلاثة : عهد التقنين المدنى السابق وعهد قانون التسجيل وعهد قانون تنظيم الشهر العقارى.

٢٨٨ – شرط حسن النية فى عهد التقنين المدنى السابق – احالة : وقد قدمنا أن الرأى الراجح فى عهد التقنين المدنى السابق هو اشتراط حسن النية فى المشترى لصحة التسجيل ، وبينا أسانيد هذا الرأى ، وأنه يعتمد على نص صريح في التقنين المدنى السابق هو نص المادة ٣٤١/٢٧٠ من هذا التقنين وتجرى على الوجه الآتى : «لا تنتقل ملكية العقار بالنسبة لغير المتعاقدين من ذوى الفائدة فيه إلا بتسجيل عقد البيع كما سيذكر بعد ، متى كانت حقوقهم مبنية على سبب صحيح محفوظة قانوناً ، وكانوا لا يعلمون ما يضر بها» [١] . وذكرنا أن هذا الرأى كان ينازعه رأى آخر يذهب إلى عدم اشتراط حسن النية، والاكتفاء باشتراط عدم التواطؤ . بل كان هناك رأى متطرف ، ما لبث أن هجر ، يعتد بالتسجيل إلى أقصى حد ، فلا يهدره ولو كان المشترى سيئ النية ، بل ولو كان متواطئا، ما دام عقد شرائه عقداً جدياً ، فان كان عقداً صورياً لم يكن له وجود ولا يعتد به حتى لو سجل . ونكتفى هنا بالإحالة إلى ما سبق أن بسطناه فى كل ذلك [٢] .

والرأى الراجح من هذه الآراء الثلاثة ، وهو الرأى الذى يذهب إلى اشتراط حسن النية لصحة التسجيل ، ينزل بالتسجيل إلى إضعف درجة من القوة كما سبق القول .

٢٨٩ – شرط حسن النية فى عهد قانون التسجيل: أما فى عهد قانون التسجيل، فقد استبعد لأول وهلة الرأى الأول الذى يشترط حسن النية لصحة التسجيل، حتى يرتفع التسجيل إلى درجة أقوى مما كان عليه فى عهد التقنين المدنى السابق. وأمكن استبعاد هذا الرأى الأول بحجة من ظاهر النص، فقد كانت المادة الأولى من قانون التسجيل لا تذكر شرط حسن النية كما كانت المادة ٣٤١/٢٧٠ من التقنين المدنى السابق لا تذكر هذا الشرط . ثم تأتى المادة الثانية من قانون التسجيل، وهى التى تعرض للحقوق والأحكام الكاشفة عن الحقوق العينية .فتشترط فى التسجيل ألا يداخله التدليس، إذ تقول فى الفقرة

(١) والنص الفرنسى لعبارة «ولا يعلمون ما يضر بها»هو ، كما قدمنا : qui sont de bonne foi .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٦٩

الثانية منها : «فاذا لم تسجل هذه الأحكام والسندات، فلا تكون حجة على الغير، كما أنها لا تكون حجة كذلك ولو كانت مسجلة إذا داخلها التدليس». فاستخلص من عدم اشتراط حسن النية في العقود المنشئة واشتراطه في العقود الكاشفة، أن حسن النية غير مشترط لصحة تسجيل البيع [1]. ولكن بقى الرأيان الآخران يتنازعان القضاء والفقه. فرأى يذهب إلى أنه إذا كان لا يشترط حسن النية لصحة التسجيل، فانه يشترط عدم التواطؤ [2]. ورأى آخر يذهب إلى أن قانون التسجيل قد قضى على نظرية التواطؤ، فيجب تفضيل المشترى الثانى الذى سجل أولا، حتى لو كان سيئ النية، وحتى لو كان متواطئاً مع البائع [3].

(١) استئناف مصر ١٢ فبراير سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ رقم ٤٧٤ ص ٧٧٥ – ٢٨ مايو سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٥٩٥ ص ١٠٩٢ – استئناف مختلط ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ٧٤ – ٨ فبراير سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٢٣ – ١٩ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م ٥٢ ص ٦٥ – ١٩ مارس سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١٩٦ – ١٨ يونيه سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٣١٤ – الأستاذان أحمد نجيب الهلالى وحامد زكي فقرة ٢٧٣ – الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ١٦٥ – ومع ذلك أنظر استئناف مختلط ١٢ يناير سنة ١٩٣٢ م٤٤ ص١١٠ (وقد اشترط هذا الحكم حسن النية لصحة التسجيل).

(٢) ويستند أصحاب هذا الرأى إلى أنه مما يجافى العدالة ألا يكون للتواطؤ جزاء ، وإلى أنه يجب الرجوع إلى القواعد العامة فيما غمض فيه قانون التسجيل وهذه القواعد لا تقر الأعمال المنطوية على التواطؤ ، وإلى أن المذكرة الإيضاحية لقانون التسجيل لم تقصد أن تقول إن هذا القانون قد أراد القضاء على نظرية التواطؤ وإنما قصدت أن تقول أنه قد حسم النزاع فيما يتعلق بحسن النية وسوء النية ، وإلى أنه لا يتفق مع المنطق أن يكون حق المشترى بعقد غير مسجل سليماً فى مواجهة البائع ثم يصبح بعد تواطؤ الغير مع البائع حقا مسلوب القوة : حكم الدوائر المجتمعة لمحكمة استئناف مصر فى ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ٢١ ص ٤٦ – استئناف مصر ٢٢ مايو سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٢٣١ ص ٣٠٨ – ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٥٠ ص ٧٥ – ٢٨ مايو سنة ١٩٢٩ المحاماة رقم ٥٩٥ ص ١٠٩٢ – ٢٥ أبريل سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ١٣٢ ص ٢٩٢ – ٢٧ أبريل سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ – رقم ١٣٤ ص ٣٠٢ – ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٢٦٣ ص ٦٠٤ – ٢ فبراير سنة ١٩٣٧ المجموعة الرسمية ٢٨ رقم ١٣٣ – استئناف مختلط ٢٤ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٥٠٩ – ١٢ يناير سنة ١٩٣٣ م ٤٤ ص ١١٠ – ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ٧٤ – ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٤٨ م ٦١ ص ١٥.

وانظر الأستاذ عبدالسلام ذهني فى الغش والتواطؤ والتدليس فى التسجيل – الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٨٢ ص ٢١٣ هامش رقم ٣ و ص ٢١٧ – ص٢١٨.

(٣) ويستند أصحاب هذا الرأى إلى أن قانون التسجيل قد أبقى على نظرية التواطؤ فى العقود الكاشفة وأغفلها فى العقود المنشئة، وإلى أن المذكرة الإيضاحية لقانون التسجيل صرحت بأنه يراد حسم المنازعات العديدة فى الفصل فى مسائل حسن النية وسوء النية، وإلى أن قانون التسجيل قد خطا خطوتين لإدخال نظام السجل العقارى فجعل انتقال الملكية بين المتعاقدين مرتبطاً بالتسجيل وحده وقضى على نظرية سوء النية والتواطؤ، وإلى أن المشترى الثانى يتعامل مع البائع ولا يزال مالكاً للمبيع، وإلى أنه لا محل للتمسك بالمادة ٣٤١/٢٧٠ مدنى سابق لأن قانون التسجيل قد نص فى المادة ١٦ منه على إلغاء كل نص يخالف أحكامه. أنظر من هذا الرأى: استئناف مصر ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٥٠ ص٧٥ – ٢٧ مارس سنة١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم٣٩٩ ص٦٣٤ – ١٠ ديسمبر =

وقد أخذت محكمة النقض بهذا الرأى الآخر، وقضت بأنه لا يشترط لصحة التسجيل لا حسن النية ولا انعدام التواطؤ، فاذا تصرف المالك ، بعد تصرف سابق صدر منه دون أن يسجل، لشخص آخر ، «فانه يتصرف فيما يملكه ملكاً تاماً . فاذا أدرك هذا الشخص الآخر وسجل عقده قبل تسجيل عقد المتصرف إليه الأول ، فقد خلصت له – بمجرد تسجيله – تلك الملكية العينية التى لم يتعلق بها حق ما للأول ، حتى ولو كان المتصرف والمتصرف إلى الثانى سيئ النية متواطئين كل التواطؤ على حرمان المتصرف إلى الأول من الصفقة . وإذن فلا يقبل من أى أنسان لم يكن عقده مسجلا ناقلا الملك فعلا إليه أن ينازع من آل إليه نفس العقار وسجل عقده من قبله مدعياً أن له حقاً عينياً على العقار يحتج به عليه ، كما أنه لا يقبل مطلقاً الاحتجاج على صاحب العقد المسجل الذى انتقلت إلى الملكية فعلا بتسجيله لا بسوء نية المتصرف ولا بالتواطؤ» [1]. فارتفعت محكمة النقض ، بهذا الرأى الذى اعتنقته ، بالتسجيل إلى أعلى مرتبة من القوة . ولكن لا يفهم من قضائها هذا أن المشترى الأول ، الذى تواطأ البائع والمشترى الثانى على الإضرار بحقه ، يصبح محروماً من الحماية . لا يستطيع هذا المشترى حقاً أن يتعرض للتسجيل فيبطله للتواطؤ . ولكن يستطيع أن يطالب البائع بتعويض ويتقاضاه مما عنده من مال ، إن كان البائع موسراً . فاذا كان معسرا وكان البيع المسجل هو الذى سبب الإعسار

= سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ١٥٣ ص ٣٠٥ – ١٩ فبراير سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ١٤١ – ص ٢٥٤ – ١٢ نوفمبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٣٣٠ ص ٧٠٦ – استئناف أسيوط ١٧ ديسمبر سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣٢ رقم ١٤ .

وانظر الأستاذين أحمد نجيب الهلالى وحامد زكي فقرة ٤٦٩ – الأستاذ أحمد أمين فى شرح قانون العقوبات القسم الخاص ص ٧٣٩ .

وأنظر فى عرض الرأيين : الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٨٢ – الأستاذ محمد على إمام فقرة ١٦٩ –ص ٢٧٨ – ص ٢٨٢ – الأستاذ محمد كامل مرسي فى شهر التصرفات فقرة ١٦٥ وما بعدها – الأستاذ عبدالفتاح عبدالباقى فقرة ١٠٣ ص ١٦٥ – ص ١٦٧ – الأستاذ جميل الشرقاوى ص ١٧٣ – ص ١٧٦ – الأستاذ عبدالمنعم البدراوى فقرة ٢١٤ – فقرة ٢١٧ .

(١) نقض مدنى ١٢ ديسمبر سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٣٠٨ ص ٩٧٥ . ويقول نفس الحكم أيضا ما يأتى : «ولا يجوز التحدى بعبارة سوء النية أو حسنها أو العلم أو عدم العلم المشار إليهما بالمادة ٢٧٠ وغيرها من مواد القانون المدنى ، لأن هذه المادة مؤسسة على مبدأ القانون المدنى الذى كان يرتب نقل ملكية المبيع بين المتعاقدين على مجرد الإيجاب والقبول ، وهذا المبدأ قد قضت عليه الفقرة الأخيرة من المادة الأولى من قانون التسجيل قضاء نهائيا ، كما نصت المادة ١٦ من هذا القانون على إلغاء كل نص يخالفه ، وإذن فتلك المادة (٢٧٠) قد نسخها قانون التسجيل ولم يعد حكمها باقيا ، والدعوى البولصية المشار إليها بالمادة ١٤٣ من القانون المدنى هى دعوى شخصية يرفعها دائن لإبطال تصرف مدينه الحاصل بطريق التواطؤ للإضرار به وحرمانه من إمكان التنفيذ بدينه على الملك المتصرف فيه والذى كان يعتمد عليه الدائن لضمان استداده بحقوقه ، وليس من نتائج هذه الدعوى تثبيت ملكية المدعى لما يطلب إبطال التصرف فيه» .

أو زاد فيه ، جاز للمشترى الأول أن يطعن فى البيع المسجل بالدعوى البولصية ولكن لا لتثبيت ملكيته في العقار المبيع، بل للتنفيذ عليه بالتعويض المستحق له [1]، ويزاحمه فى ثمن العقار دائنو البائع الآخرون على النحو الذى قدمناه [2].

(١) قارن الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٨٢ ص ٢١٨ .

(٢) وقد قضت محكمة استئناف أسيوط فى هذا المعنى بأنه يجوز للمتصرف إليه الأول بعقد غير مسجل أن يرفع دعوى عدم نفاذ العقد الثانى ، إذا توافرت شرائط الدعوى البولصية، على اعتبار أنه دائن عادى من حقه أن يبطل التصرف المفقر لمدينه ليستطيع استرداد الثمن الذى دفعه والحصول على التعويضات التى يستحقها. على أنه يلاحظ أن الغرض من هذه الدعوى لا يمكن أن يكون بطلان التصرف الثانى ليحل محله التصرف الأول غير المسجل ، فان الدعوى إذا كانت تهدف إلى هذا الغرض تعتبر تحايلا على مخالفة قانون التسجيل، فضلا عن أن الدعوى البولصية فى الواقع لا تهدف إلى بطلان التصرف، وانما تهدف إلى الحد من سريانه فى حق الدائن الذى يتضرر من أثر التصرف فى مال مدينه . فاذا وجد فى هذا المال ما يفى بدينه زالت الحكمة فيها وأصبحت غير مقبولة، وهى ليست خاصة بدائن واحد بل يستطيع جميع الدائنين العاديين أن يشتركوا فيها وأن يتقاسموا المال الذى يرجع إلى مدينهم (٣ يونيه سنة ١٩٤٨ المجموعة الرسمية ٤٩ رقم ٢ ص ٤٧). ثم قضت محكمة النقض أخيراً بأنه إذا تحققت الشروط المقررة للطعن بالدعوى البولصية، فان مؤدى ذلك أن تعود ملكية العين المتصرف فيه إلى البائع، ويكون من حق المشترى الذى يسجل عقده بوصفه دائناً بالثمن التنفيذ عليها جبراً استيفاء لدينه. وليس من شأن هذا التنفيذ أن يعود هذا المشترى إلى بعث عقده الابتدائى ومطالبته الحكم، بصحته ونفاذه، لأن الملكية تكون قد انتقلت بالتسجيل إلى المشترى الذى سجل عقده محملة بحق المشترى الذى لم يسجل بوصفه دائنا للبائع، وليس للدائن فى مقام التنفيذ بدينه أن يطالب بملكية العقار الذى يجرى عليه التنفيذ (نقض مدنى ٢ يونيه سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١٥٨ ص ١١٨٥). وقضى نفس الحكم بأنه متى كان الواقع فى الدعوى هو أن طلبات المشترى الذى لم يسجل عقده أمام محكمة الموضوع قد تحددت بصفة أصلية واستقرت على التمسك بطلب ابطال التصرف الصادر من البائع إلى المشترى الذى سجل عقده تأسيساً على المادة ١٤٣ من القانون المدنى القديم، فان إضافته إلى ذلك طلباً آخر هو الحكم بصحة ونفاذ عقده ليس من شأنه إهدار الطلب الأصلى فى الدعوى وهو إبطال التصرف المؤسس على الدعاوى البولصية، وتكون المحكمة إذا اعتبرت الدعوى مفاضلة بين عقدين لمجرد هذه الإضافة، وأعملت حكمها على ما بين الطلبين من تفاوت فى الأثر القانونى لكل منهما دون أن تعرض لبحث طلب إبطال التصرف استقلالا، قد خالفت للقانون (نفس الحكم السابق). وكانت محكمة النقض قد قضت قبل ذلك بأنه لا يجوز الجمع بين دعوى تثبيت الملكية فى العين المشتراه والدعوى البولصية، لأن كلا من الدعويين تتنافى مع الأخرى (نقض مدنى ٩ ديسمبر١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٧٦ ص ٢٠٦).

وقد سارت محكمة النقض الإيطالية إلى مدى أبعد من هذا ، فلم تسمح حتى برفع الدعوى البوليصية على النحو الذى بسطناه ، بدعوى أن المشترى ليس له حق شخصى محض ، بل هو حق شخصى يرمى إلى تملك المبيع ، فمآل هذا الحق هو أن يصير حقاً عينيا . والدعوى البولصية لم تشرع الا لحماية الحقوق الشخصية التى لا يقصد بها الحصول على الملكية ، فلا يكون للمشترى إلا مطالبة البائع بالثمن المدفوع له من المشترى الثانى إذا وجده فى ماله (أنظر الحكم منشوراً فى مجلة مصر المعاصرة سنة ١٩١٨ ص ٤٠٨ – ص ٤٠٩ – والحكم منتقد من بعض فقهاء القانون=

ولم تهدر محكمة النقض العقد الذى سجل أولا إلا فى حالة ما يكون عقداً صورياً. فهو عند ذلك لا وجود له ولا يعتد به (١)(أ).

=الإيطالى – أنظر مقالا للأستاذ كاديمينوس فى مجلة مصر المعاصرة سنة ١٩١٨ ص ٤٠٧ – برناردى فى مجلة مصر المعاصرة سنة ١٩٢٢ ص ٢٠١ – وانظر الأستاذين أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ٢٧٣ ص ٢٧٤ هامش رقم ١) .

أما محكمة النقض الفرنسية فتقضى بأن التواطؤ يبطل التسجيل ، وتفضل المشترى الأول المتأخر فى التسجيل على المشترى الثانى الذى سجل أولا إذا كان هذا المشترى الثانى قد تواطأ مع البائع ، ولا يكفى أن يكون سيئ النية (نقض فرنسى ٢٤ أبريل سنة ١٩٥٠ داللوز ١٣ يولية سنة ١٩٥٠ ص ٤٤٩).

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه لا تنتقل الملكية من البائع إلى المشترى إلا بتسجيل عقد شرائه، ولا يحول دون نقل الملكية – على ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أن يكون المشترى عالماً بأن البائع له أو مورثه سبق أن تصرف فى المبيع ذاته لمشتر آخر لم يسجل عقده ، ما لم يثبت أن عقد المشترى المسجل هو عقد صورى . ولا ينتج فى إثبات هذه الصورية مجرد علم هذا المشترى وقت شرائه بالتصرف السابق غير المسجل الوارد على ذات المبيع (نقض مدنى ٣١ ديسمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٥٤ ص ٣٥٢) – وأنظر أيضا : نقض مدنى ٢٠ أكتوبر سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٣٥ ص ٤٠٥ – ٣ يونيه سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٦٧ ص ١٨٣ – ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٨٠ ص ٢٢٠ – ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٨٨ ص ٢٣٤ – ٦ يونيه سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٩١ ص ١٨٨ – ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٣٩ ص ١٣٣ – ١٣مايو سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١٢٨ ص ٨٥٦ – أول ديسمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٢١٠ ص ١٥٣٦ – ٧ يونيه سنة ١٩٥٦ مجموعة النقض ٧ رقم ٩٧ ص ٧٠١) .

(أ) أ – الحكم للمورثة ببطلان عقد البيع المسجل الصادر من المورث بعد تسجيل طلب الحجر عليه، يتضمن حتما قضاء باستحقاقهم ملكية المبيع دون المشترى وعدم أحقيته فيها ومتى حاز هذا الحكم قوة الأمر المقضى فأنه يمنع المشترى من العودة إلى المناقشة فيما فصل فيه صراحة أو ضمناً. (جلسة ١٩٨٩/٧/٢٥ الطعن ٢٤٢ لسنة ٥٦ق)

ب – المقرر – وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض – أن للمشترى الذى لم يسجل عقده بوصفه دائنا للبائع بالتزام نقل الملكية أن يتمسك بصورية عقد المشترى الآخر صورية مطلقة وفقا لصريح نص المادة ٢٤٤ من القانون المدنى ليتوصل بذلك إلى محو هذا العقد واثبات بقاء العقار لمدينه البائع فيحكم له هو بصحة عقده وسجل هذا الحكم فتنتقل إليه ملكية العين المبيعة ، وكان الحكم المطعون فيه قد قبل تدخل المطعون ضدها الأولى خصما فى الدعوى باعتبارها خلفا عاما لمورثها المشترى بالعقد المؤرخ ١٩٧٧/٧/١٥ المقضى بصحته ونفاذه فى الدعوى المقامة من البائعة للطاعن وأجاز لها اثبات صورية عقد الأخير صورية مطلقة إذا أفلحت اثبات ذلك بما أتيح لها من وسائل الاثبات المقررة قانونا فلا عليه إذ قضى برفض دعوى الطاعن بصحة ونفاذ عقده المؤرخ ١٩٨١/٨/١٦ لبطلانه دون مفاضلة بينه وعقد المطعون ضدها الأولى سالف البيان لانتفاء شروط المفاضلة بينهما فيكون قد التزم صحيح القانون.

(جلسة ١٩٩١/٦/٥ الطعن ١٩٩٩ لسنة ٦٦ ق)

(جلسة ١٩٨٠/١/٢٤ مجموعة احكام النقض السنة ٣١ ص ٢٧٢) =

وإذا كانت محكمة النقض، بقضائها هذا، مدفوعة إلى تحصين التسجيل من كل طعن وتقويته إلى حد يجعله يقرب من قوة التسجيل فى نظام السجل العقارى، فقد تكون بذلك قد سارت إلى مدى أبعد مما يحتمله نظام الشهر الشخصى الذى لا نزال فيه حتى اليوم. ففى نظام السجل العقارى يصل التسجيل إلى هذه المرتبة من القوة، لأن هناك ضمانات قوية لصيقة بهذا النظام يأمن بها المتعاملون من أن تضيع عليهم حقوقهم. فلا يسجل عقد قبل أن تتحرى صحته إلى أبعد حدود التحرى، وقبل أن تفحص التصرفات السابقة عليه فحصاً دقيقاً، ثم يعوض من يضار بهذا النظام تعويضاً تكفله خزانة السجل العقارى ذاتها . أما وهذه الضمانات لا تزال تعوز النظام الشخصى القائم، فلا نرى بدأ من الاعتداد بالتواطؤ إذا داخل التسجيل، فيبطل التسجيل إذا أثبت المشترى الأول أن المشترى الثانى الذى سبقه إلى التسجيل كان متواطئاً مع البائع (١). وفى رأينا أن خير طريق للحصول إلى هذه النتيجة هو الطعن فى البيع المسجل الدعوى البولصية ، ولكن لا على النحو الذى تذهب إليه محكمة النقض ، بل على نحو خاص سنعود إليه فيما يلى(٢).

٢٩٠ – شرط حسن النية فى قانون تنظيم الشهر العقارى : كانت اللجنة التى قامت بوضع مشروع قانون تنظيم الشهر العقارى تواجه الرأيين اللذين يتنازعان الفقه والقضاء فى هذه المسألة: الرأى الذى يذهب إلى أنه يشترط لصحة التسجيل عدم التواطؤ، والرأى الذى يذهب إلى أن التسجيل يكون صحيحاً ولو مع التواطؤ مع الاحتفاظ بالدعوى البولصية ودعوى الصورية وهو الرأى الذى ساد فى العمل أخيراً بعد أن أخذت به محكمة النقض كما رأينا. وقد وصف أحد أعضاء هذه اللجنة الخلاف الذى قام بين الأعضاء فى هذا الصدد فى العبارات الآتية: «وفى أثناء مناقشة هذا الموضوع انقسم أعضاء اللجنة إلى فريقين. يرى الفريق الأول أن يطبق المبادئ العامة على اعتبار أن التدليس يفسد كل شئ.

= جـ – توقيع المشترى الثانى الشاهد على عقد بيع المشترى الأول الذى لم يسجل . لا يحول دون كسبه ملكية المبيع بمقتضى عقده الثانى الذى بادر إلى تسجيله ولو تواطأ مع البائع . علة ذلك . طعن المشترى الأول بالدعوى البوليصية غير منتج فى التخلص من آثار هذا العقد المسجل حى ولو كان المطعون ضده الثانى متصرفا له والمتصرف سيئ النية متواطئين كل التواطؤ على حرمان الطاعن من الصفقة .

(جلسة ١٩٩٨/٤/٤ الطعن ٢٠٦ لسنة ٥٧ ق)

(جلسة ١٩٦٩/٦/٢٦ س ٢٠ ع ٢ ص ١٠٨٤)

(١) الأستاذ عبدالسلام ذهنى فى التسجيل ص ٤٩ – الأستاذان أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ٢٧٣ – الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٨٢ ص ٢١٧ – الأستاذ عبدالفتاح عبدالباقى فقرة ١٠٣ – الأستاذ جميل الشرقاوى ص ١٧٦ – استئناف مختلط ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ٧٤ – ٨ فبراير سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٢٣ .

(٢) أنظر ما يلى فقرة ٢٩٠ فى آخر الفقرة . وأنظر الوسيط ٢ فقرة ٥٨٨ ص ١٠٣٠ وهامش رقم ٤ .

بينما يرى الفريق الآخر الأخذ بالحكم الذى أصدرته محكمة النقض من أن التدليس لا يفسد المحررات المنشئة للحقوق العينية العقارية الأصلية مع تعميمه حتى يشمل جميع أنواع التصرفات الأخرى، خصوصاً وأن قانون الشهر قد أخذ بكافة إجراءات نظام السجل العينى فيما عدا إمساك السجل، والسجل العينى لا يعترف بالتدليس كعيب يترتب عليه إلغاء التسجيل. وأضاف الفريق الثانى إلى ذلك أننا يجب أن نتخذ إجراء حاسماً يعطى للتسجيل قوته وحجيته، ولا داعى للتردد الذى كان سبباً فيما شاب قانون سنة ١٩٢٣ من عيوب جعلته غير صالح لاعتباره الخطوة التمهيدية لنظام السجل العينى. أضف إلى ذلك أن حكم محكمة النقض صريح فى هذا المعنى. وقد استمرت مناقشات اللجنة طويلا، إلى أن انتهى الرأى إلى أن حكم محكمة النقض صدر بالمعنى الوارد به نظراً للحرج الذى كانت (المحكمة) أمامه من وجود نص صريح على التدليس فى المادة الثانية وعدم وجود هذا النص فى المادة الأولى. ولذلك فلا يمكن أن يعتبر هذا الحكم معبراً عن وجهة نظر القضاء كمصدر من مصادر التشريع، فيقال إن محكمة النقض ترى فى أى الأحوال ألا يكون للتدليس أثر على تسجيل المحررات. ولذلك رأت اللجنة أن تزيل هذا الحرج، فلا تنص على التدليس فى المادة التاسعة من قانون تنظيم الشهر العقارى التى تقابل المادة الأولى من قانون سنة ١٩٢٣، كما تزيل النص على التدليس فيما يلى ذلك من المواد التى تقابل المادة الثانية من القانون القديم. وعلى هذا الأساس صدر قانون الشهر العقارى غفلا من النص على التدليس فى أى مادة من مواده ، أى أن المشرع ترك ذلك للمبادئ العامة عند عرض الأمر على القضاء (١).

ويبدو أن اللجنة – عن قصد أو عن غير قصد – قد رجحت الرأى القائل بأن التواطؤ يفسد التسجيل على خلاف الرأى الذى أخذت به محكمة النقض . فقد انتزعت من النصوص أقوى حجة لهذه المحكمة تستند إليها من ناحية النص فى أن التواطؤ لا يعتد به فى العقود المنشئة .، ذلك أن قانون التسجيل كان يحمل فى نصوصه هذه الحجة القوية، إذا كانت المادة الثانية تنص صراحة على أن التدليس يفسد التسجيل فى العقود الكاشفة ، وتسكت المادة الأولى عن هذا النص فى العقود المنشئة ، فيسهل استخلاص أن التدليس لا يفسد التسجيل فى العقود المنشئة عن طريق الدلالة العكسية . فأغفل قانون تنظيم الشهر العقارى النص فى المادة العاشرة منه على أن التدليس يفسد التسجيل فى العقود الكاشفة، كما أغفل النص على ذلك أيضا فى المادة التاسعة فى العقود المنشئة ، فلم يعد من المستطاع إستخلاص فساد التسجيل بالتدليس عن طريق الدلالة العكسية فى طائفة من

(١) الدكتور محمود شوقى فى الشهر العقارى علماً وعملا ص ٣١٢ – ص ٣١٣ – وورد فى المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون الشهر العقارى : «وفى صدد التدليس لم ير محل للنص عليه ، لا بالنسبة إلى التصرفات المقررة للحقوق العينية ولا بالنسبة إلى التصرفات المنشئة لهذه الحقوق ، اكتفاء بتطبيق أحكام القواعد العامة فى هذا الشأن» .

العقود دون الأخرى ، وأصبح أثر التدليس فى التسجيل واحداً فى الطائفتين معاً ، وموكولا أمره للمبادئ العامة على النحو الذى قصدت إليه اللجنة . ويقوى الظن بأن اللجنة ترجح أن يكون التواطؤ مفسداً للتسجيل عندما نرى أن قانون الشهر العقارى لم يلتزم السكوت عن هذه المسألة ، ولم يصدر كما قيل غفلا من النص على التدليس فى أية مادة من مواده. فقد نص، فى صدد تسجيل الدعاوى ، فى المادة ١٧ منه على أنه «يترتب على تسجيل الدعاوى المذكورة بالمادة الخامسة عشر أو التأشير بها أن حق المدعى إذا تقرر بحكم مؤشر به طبق القانون يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل الدعاوى أو التأشير بها . ولا يكون هذا الحق حجة على الغير الذى كسب حقه بحسن نية قبل التأشير أو التسجيل المشار إليهما» . «ولا يسرى حكم الفقرة الأولى من هذه المادة على الأحكام التى يتم التأشير بها بعد مضى خمس سنوات من تاريخ صيرورتها نهائية أو من تاريخ العمل بهذا القانون أيهما أطول» . (مضافة بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٧٦) . ولما كانت المادة ٥١ من قانون الشهر تنص على الدعاوى الواجب تسجيلها وتدخل فيها دعوى صحة التعاقد، فقد خلص من ذلك أن التسجيل السابق على تسجيل دعوى صحة التعاقد لا يكون حجة على رافع هذه الدعوى بعد أن سجل صحيفة دعواه إلا إذا كان صاحب التسجيل السابق حسن النية . فاذا سجل المشترى الثانى عقده ، ولم يجد المشترى الأول مناصاً من رفع دعوى صحة التعاقد على البائع ، وسجل صحيفة الدعوى بعد تسجيل عقد المشترى الثانى ، فله أن يحتج على المشترى الثانى بأنه لم يكن حسن النية عندما اشترى . والمفهوم أن حسن النية هنا معناه أن المشترى الثانى كان يعلم وقت أن اشترى بصدور تصرف سابق من البائع فى نفس العقار. ويخلص من كل ذلك أنه يمكن أن يستنتج من الجمع بين المادتين ١٥ و ١٧ من قانون الشهر أن حسن النية ، بالمعنى الذى كان مفهوما فى التقنين المدنى السابق ، مشترط لصحة التسجيل .

ولعل واضعى قانون الشهر العقارى لم يقصدوا إلى تقرير هذا الحكم ، فهم إنما قصدوا ترك المسألة إلى المبادئ العامة بعد أن انتزعوا من أصحاب الرأى القائل بأن التواطؤ لا يفسد التسجيل أقوى حجة لهم من ناحية النصوص . وقد كان من الخير ، فى مسألة هامة كهذه المسألة اضطربت فيها الآراء وقررت فيها محكمة النقض حكما خطيراً قد يكون محلا للنظر، أن يحسم قانون الشهر الخلاف فيها ، فيبين الحكم الذى ينتهى إليه تطبيق المبادى العامة بدلا من ترك الأمر للفقه والقضاء ليعود الخلاف والاضطراب .

وقد وقع هذا فعلا ، فعاد الخلاف بعد صدور قانون الشهر . وتنازع الفقه الرأيان اللذان كانا يتنازعانه قبل قانون الشهر ، فرأى يذهب إلى أن التواطؤ يفسد التسجيل ، ورأى آخر يذهب إلى أنه لا يفسده . بل إن الخلاف قد زاد برجوع رأى ثالث كان قانون التسجيل قد قضى عليه ، وهو الرأى الذى يذهب إلى أن سوء النية وحده يكفى لإفساد التسجيل إذ حسن النية مشترط لصحته ، وقد رأينا كيف يستطيع هذا الرأى أن يستند إلى نصوص قانون الشهر فى مادتيه الخامسة عشرة والسابعة عشر .

وأمام هذه الخلاف لا يسعنا إلا أن نتخذ الموقف الذى نعتقد أنه هو المتفق مع المبادئ العامة ، كما قصد إلى ذلك واضعو قانون الشهر . ومن ثم يتعين استبعاد الرأى الذى يذهب إلى اشتراط حسن النية فى التسجيل واستبعاد الرأى الذى يذهب إلى أن التواطؤ لا يفسد التسجيل ، والوقوف عند الرأى الذى يذهب إلى أن حسن النية ليس مشترطاً لصحة التسجيل ولكن التواطؤ يفسده .

أما أن حسن النية لا يشترط لصحة التسجيل فلأنه لا يمكن أن يكون واضع قانون الشهر العقارى قد قصدوا إلى ذلك ، فكل ما قصدوه هو ترك المسألة للمبادئ العامة [1]. وليس من المصلحة الرجوع فى خطوة خطاها قانون التسجيل عندما قضى على شرط حسن النية فدعم نظام التسجيل وقواه بازالته عاملا من عوامل الاضطراب والزعزعة فى الثقة العقارية . إذ أن حسن النية مسألة نفسية ، والعلم بسبق التصرف أمر دقيق يصعب فى

---

(١) والواقع أن واضعى قانون الشهر العقارى قد جاوزوا الغرض الذى قصدوا إليه عند ما نقلوا المادة ٢/١٧ من المادة ٢/١٢ من قانون التسجيل . فقد كانت الفقرة الثانية من المادة ١٢ من قانون التسجيل تنص على ما يأتى : «وتبقى حقوق الغير المكتسبة قبل التسجيل أو التأشير المشار إليهما خاضعة للنصوص والمبادئ السارية وقت اكتسابها» . وكانت النصوص والمبادئ المشار إليهما فى هذا النص نصوص التقنين المدنى السابق ومبادئه ، وهذه كانت تقتصر على حماية الدائن المرتهن حسن النية إذا استمد حقه من شخص زالت ملكيته بأثر رجعى ، فيبقى هذا الحق بالرغم من الأثر الرجعى ما دام مقيداً قبل تسجيل صحيفة الدعوى . أما غير الدائن المرتهن ، كمشتر ممن زالت ملكيته بأثر رجعى أو مشتر من غير مالك أصلا ، فلم يكن يحميه نص قانون التسجيل حتى لو كان قد سجل سنده قبل تسجيله صحيفة الدعوى وكان حسن النية . ونقل قانون الشهر هذا النص فى الفقرة الثانية من المادة ١٧ منه على الوجه الآتى: «ولا يكون هذا الحق حجة على الغير الذى كسب حقه بحسن نية قبل التأشير أو التسجيل المشار إليهما» . فشمل بحمايته ، لا الدائن المرتهن فحسب، بل أيضاً المشترى وكل من كسب حقاً عينياً على العقار كان يهدده الأثر الرجعى لزوال الملكية ، وذلك إلى وقت تسجيل صحيفة الدعوى. واشترط لحماية هؤلاء أن يكونوا حسنى النية ، أى غير عالمين وقت أن كسبوا حقوقهم بما يهدد ملكية سلفهم من زوال بأثر رجعى .

فلما أضاف النص إلى دعاوى زوال الملكية بأثر رجعى دعاوى الاستحقاق ودعاوى صحة التعاقد، أدخل فى زمرة الأشخاص الذين تشملهم الحماية أشخاصاً من نوع آخر . فهؤلاء الأخيرون لا يستمدون حقوقهم من مالك يتهدد ملكيته الزوال بأثر رجعى ، بل يستمدونها من غير مالك أصلا فى حالة دعاوى الاستحقاق ، ومن مالك سبق له التصرف فى ملكه فى حالة دعاوى صحة التعاقد . فكان ينبغى أن يعامل كل بما يقتضيه مركزه . أما من يستمد حقه من غير مالك أصلا ، فلا يحمى ولو كان حسن النية ، إلا إذا استمد حقه من شخص يستطيع أن يملكه ولو كان هو نفسه مالك وذلك كالمشترى بعقد صورى وكالوارث الظاهر كما سبق القول (أنظر آنفا فقرة ٢٦٣ فى الهامش) ، وأما من يستمد حقه من مالك سبق له التصرف فى ملكه فيحمى ولو كان سيئ النية – أى يعلم بالتصرف السابق – لأنه استمد حقه من مالك لا يتهدد ملكيته الزوال ، ما لم يكن متواطئاً مع هذا المالك (قارب فى هذا المعنى الأستاذ سليمان مرقص فى عقد الإيجار فقرة ١٢٢ ص ٢٠٥ هامش رقم ٣ – البيع والإيجار لنفس المؤلف فقرة ٢١١ ص ٢٨٦ هامش رقم ١) .

كثير من الأحيان إثباته ، ولكنه يبقى سيفاً معلقاً يهدد سلامة التسجيل ، بخلاف التواطؤ فان أماراته الخارجية تكون عادة كثيرة فيسهل إثباته ويكون واجب الردع والجزاء . فقانون الشهر العقارى ، وهو خطوة إلى الأمام بالنسبة إلى قانون التسجيل ، لا يصح أن يتخلف عن هذا القانون فى مسألة على هذا القدر من الأهمية. وليست الحجة المستمدة من الجمع بين نص المادة ١٥ ونص المادة ١٧ من قانون الشهر بالحجة الحاسمة، ومن البعيد أن يكون واضعو هذا القانون قد قصدوا ما يراد استخلاصه من هذين النصين . فمن بادر إلى تسجيل سنده، وسبق فى ذلك رافع الدعوى فى تسجيل صحيفة دعواه ، يجب أن يكون حسن النية حتى يستطيع أن يحتج بتسجيله السابق على رافع دعوى البطلان أو الفسخ أو الإلغاء أو الرجوع أو الاستحقاق أو صحة التعاقد . أما حسن نية المشترى بالنسبة إلى هذه الدعاوى دون دعوى صحة التعاقد (١) ، فيجب أن يكون عدم العلم بعيب سند البائع وقت تعاقد المشترى فى دعاوى البطلان والفسخ والإلغاء والرجوع ، أو عدم العلم بانعدام هذا السند بتاتاً فى دعوى الاستحقاق . وتبقى دعوى صحة التعاقد ، ويجب بالنسبة إلى هذه الدعوى ألا يكون مجرد علم المشترى بسبق التصرف فى الذى اشتراه نافياً لحسن النية . فالتصرف السابق غير مسجل ولا يزال البائع مالكاً لما يبيع ، ومن حق المشترى أن يشترى من المالك ولو سبق للمالك التصرف، فقد يكون هذا التصرف معيباً ، والمالك على كل حال لم يتجرد عن ملكيته . وقد قطعت محكمة النقض ، بعد صدور قانون الشهر العقارى، فى هذه المسألة ، فقضت بأن «الغير سيئ النية فى معنى الفقرة الثانية من المادة ١٧ من قانون تنظيم للشهر العقارى رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ هو الذى كان يعلم بعيب سند المتصرف وقت تعاقده معه ، بأن كان يعلم أن البائع له غير مالك أو أن سند ملكيته مشوب بعيب يبطله أو بما يوجب فسخه. أما من يتعامل مع بائع لم يثبت انه سبق أن تصرف فى العقار المبيع تصرفاً انتقلت به الملكية، فلا يعتبر سيئ النية فى معنى المادة المذكورة ، لأنه فى هذه الحالة قد تعامل مع مالك حقيقى لا تشوب ملكيته شائبة، ولو كان يعلم وقت تعاقده معه أنه سبق أن باع نفس العقار لمشتر سابق لم يسجل عقده. ذلك أنه وفقاً للمادة التاسعة من القانون السالف الذكر يجب شهر جميع التصرفات التى من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينيـة العقاريـة الأصليـة أو نقله أو تغييره أو زواله، ويترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول لا بين ذوى الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم ، ولا يكون للتصرفات غير المسجلة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوى الشأن . فمن يتعامل مع بائع على أساس هذا القانـون لا يصح إهدار سبق تسجيل عقده أو عريضة دعـواه استناداً إلـى الفقـرة الثانيـة مـن

(١) وقد كانت المادة ١٧ من قانون الشهر تتضمن فقرة ثالثة تعرف حسن النية بوجه عام ثم حذفت ، فأصبح القضاء حراً فى تحديد حسن النية فى الحالات المختلفة ، كل حالة بما يلائمها (أنظر آنفا فقرة ٢٦٣ فى الهامش) .

المادة ١٧ من القانون المشار إليه ، وإنما يجوز الطعن فى عقده بدعوى الصورية أو بالدعوى البولصية متى توافرت شروطهما» (١)(I) .

ونرى من الحكم السالف الذكر أن محكمة النقض ، حتى بعد صدور قانون تنظيم الشهر العقارى ، لا تزال مصرة على المبدأ الذى قررته فى عهد قانون التسجيل من أن التواطؤ لا يفسد العقد المسجل ، وأنه لا يجوز الطعن فى هذا العقد إلا بدعوى الصورية أو بالدعوى البوليصية على النحو الذى بسطناه . وقد قضت فى هذا المعنى أيضاً بأنه وفقاً لنص المادة ٩ من قانون الشهر العقارى لا تنتقل الملكية من البائع إلى المشترى إلا بتسجيل عقد شرائه، ولا يحول دون انتقالها إليه أن يكون عالماً بأن البائع له أو مورثه سبق أن تصرف فى المبيع ذاته لمشتر آخر لم يسجل عقده . ولا يحول دون انتقال الملكية للمشترى الثانى الذى سبق فى التسجيل إلا كون عقده صورياً . وأنه لا ينتج فى إثبات تلك الصورية مجرد علم المشترى وقت شرائه بالتصرف السابق غير المسجل (٢) .

(١) نقض مدنى ١٣ مايو سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١٢٨ ص ٨٥٥ .

(٢) نقض مدنى ٣١ ديسمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٥٤ ص ٣٥٢ – وانظر أيضاً: نقض مدنى ٧ يونيه سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٤٩ ص ٩٤٤ – ٢٩ مايو سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٢٣ رقم ١٧٦ ص ١١٣٨ – ٤ مارس سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٩١ ص ٥٧٢ – ٣ فبراير سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٧٥ ص ٥٨١ – أول ديسمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٢١٠ ص ١٥٣٦ – ١٤ فبراير سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض رقم ١٩ ص ١٥٣ .

(I) أ – من المقرر أن للمشترى الذى لم يسجل عقده بوصفه دائناً للبائع بالتزام نقل الملكية أن يتمسك بصورية عقد المشترى الآخر صورية مطلقة وفقا لصريح نص المادة ٢٤٤ من القانون المدنى ليتوصل بذلك إلى محو هذا العقد واثبات بقاء العقار لمدينه البائع فيحكم له هو بصحة عقده وسجل هذا الحكم فتنتقل إليه ملكية العين المبيعة .

(جلسة ١٩٩١/٦/٥ الطعن ١٩٩٩ لسنة ٥٥ ق)

ب – لما كان الحكم المطعون فيه قد أثبت أن الطاعن كان يستهدف بطعنه بعدم نفاذ التصرف الصادر إلى المطعون ضده الثانى إلى اجراء المفاضلة بين عقده غير المسجل وعقد المطعون ضده الثانى إلى اجراء المفاضلة بين عقده غير المسجل وعقد المطعون ضده المذكور المسجل فإن ذلك الطعن – وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض – يكون غير منتج فى التخلص من آثار هذا العقد المسجل والمطعون فيه بالدعوى البوليصية حتى ولو كان المطعون ضده الثانى بوصفه متصرفا له والمتصرف سئ النية متواطئين على حرمان الطاعن من الصفقة ، ومن ثم يكون ما يعيبه الطاعن على الحكم من اغفال تحقيق طعنه على عقد المطعون ضده الثانى بالدعوى البوليصية لا جدوى منه فى خصوص هذه الدعوى .

(جلسة ١٩٦٩/٦/٢٦ الطعن ٣٣٢ لسنة ٣٥ س ٢٠ ص ١٠٨٤)

جـ – تنص المادة التاسعة من قانون تنظيم الشهر العقارى رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ على وجوب شهر جميع التصرفات المنشئة للحقوق العينية العقارية الاصلية ورتـب علـى عـدم الشهر ألا تنشـأ =

وهذا الرأى يجب أيضا استبعاده لتطرفه فى الناحية الأخرى ، كما استبعدنا الرأى الأول الذى يتطرف فى اشتراط حسن النية لصحة التسجيل [1] . ومهما يكن من شفيع

= هذه الحقوق ولا تنتقل ولا تزول ولا تتغير لا بين ذوى الشأن ولا بالنسبة إلى الغير ، مما مفاده أن الملكية لا تنتقل من البائع إلى المشترى إلا بالتسجيل فاذا لم يسجل المشترى عقد شرائه وتصرف البائع إلى شخص آخر سجل عقده خلصت له الملكية بمجرد التسجيل واذ جاء نص المادة التاسعة المشار إليه أسوة بنص المادة الأولى من قانون التسجيل رقم ١٨ لسنة ١٩٢٣ القابل له ، خلوا مما يجيز ابطال الشهر إذا شابه تدليس أو تواطؤ، فإن الملكية – وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض تنتقل بالتسجيل ولو نسب إلى المشترى الذى بادر بالتسجيل التدليس أو التواطؤ مع البائع طالما أنه قد تعاقد مع مالك حقيقى لا يشوب سند ملكيته عيب يبطله .

(جلسة ١٩٦٦/٢/١٥ الطعن ٢١٣ لسنة ٣١ ق س ١٧ ص ٢٩٥)

د – تمسك الطاعن بصورية عقد البيع الصادر من البائع له إلى المطعون ضدها الأولى عن عقار النزاع صورية مطلقة وطلبه احالة الدعوى على التحقيق لاثبات ذلك . دفاع جوهرى . التفات الحكم عنه لعدم تسجيل الطاعن عقد شرائه لذات العقار بما يجوز للبائع بيعه لآخر . قصور .

(جلسة ١٩٩٨/٧/٩ الطعن ١٧٨١ لسنة ٦٢ ق)

(١) والفقه المصرى ، بعد صدور قانون الشهر العقارى ، منقسم ، ولكن الكثرة الغالبة تقر محكمة النقض فيما ذهبت إليه .

يرى الأستاذ أنور سلطان (فقرة ١٨٣) وجوب حسن النية لصحة التسجيل، فيكفى لاعتبار المشترى الثانى سيئ النية أن يكون عالماً بالتصرف الأول ولا يشترط تواطؤه مع البائع ، ويستند فى ذلك إلى نص الفقرة الثانية من المادة ١٧ من قانون الشهر .

ويرى الأستاذ عبدالفتاح عبدالباقى (فقرة ١٠٥ – ١٠٧) أن حسن النية لا يشترط لصحة التسجيل، ولكن يشترط عدم التواطؤ ، فتواطؤ المشترى الثانى مع البائع يفسد التسجيل ويجعله غير نافذ فى المشترى الأول .

وسائر الفقهاء بعد ذلك يقرون محكمة النقض، من الناحية العملية على الأقل. فيذهب الأستاذ محمد على إمام (فقرة ١٧٧ ص ٢٩٨ – ص ٢٩٩) إلى أن التسجيل إذا أفسده التواطؤ من الناحية القانونية ، فهو صحيح من الناحية العلمية دعما لقوة التسجيل. وكذلك يذهب الأستاذ عبدالمنعم البدراوى (فقرة٢١٨ – فقرة ٢١٩) إلى أن الاعتداد بالتواطؤ صحيح من الناحية النظرية، وغير صحيح من الناحية العملية، وعلى أساس الناحية العملية يؤيد قضاء محكمة النقض. ويرى الأستاذ جميل الشرقاوى (البيع ص١٨٠ – رسالة البطلان فقرة ٥٤ وهامش ص ١٥٧) صحة التسجيل ولو مع التواطؤ ، باعتبار أن التسجيل عنصر فى إثبات الحق العقارى استلزمه القانون استلزاماً مطلقاً بحيث لا تحل محله وسيلة أخرى لتكميل دلالة السند المثبت للحق العقارى المراد الاحتجاج بوجوده . ويرى الأستاذ منصور مصطفى منصور (فقر ٧٢ ص ١٢٥ – ١٢٦) أن اشتراط حسن النية وإن كان يتفق مع عبارة المادة ١٧ من قانون الشهر ، إلا أنه يتضح من مذكرة هذا القانون ومن مناقشات اللجنة التى وضعته أن المشرع لم يشأ أن يفصل فى هذه المسألة ، وأن القول بأن التواطؤ يفسد التسجيل لا يتفق مع الاتجاه الذى يسير نحوه المشرع المصرى من الأخذ بنظام التسجيل العينى . ويخلص إلى القول بأن اتجاه محكمة النقض هو الذى سوف يستقر ، ويكفى أن تكون محكمة النقض قد أخذت برأى فى مسألة محل للنظر حتى تسير معها المحاكم الأخرى، وخصوصاً أن هذا الرأى الذى استقر قبل قانون =

للرأى الذى تصر عليه محكمة النقض من وجوب دعم نظام التسجيل تمهيداً لإدخال نظام السجل العقارى فى مصر ، فانه رأى تناهضه الاعتبارات العلمية ، ولا تنهض به الاعتبارات العملية.

أما الاعتبارات العلمية فترجع إلى نصوص قانون الشهر العقارى ذاته، ثم إلى المبادئ العامة التى وكل هذا القانون الحكم فى المسألة إليها. فنصوص قانون الشهر العقارى قد انتزعت منه الحجة القوية التى كانت محكمة النقض تستند إليها فى قانون التسجيل، عندما كان هذا القانون الأخير يشترط عدم التدليس فى العقود الكاشفة ويسكت عن هذا الشرط فى العقود المنشئة. فجاءت نصوص قانون الشهر خلوا من هذا التمييز، فلم يعد من المستطاع أن يستخلص من هذه النصوص عن طريق الدلالة العكسية، كما استخلص قبل

=الشهر العقارى. ويقر الأستاذ إسماعيل غانم (مذكرات غير مطبوعة فى البيع ص ٩٣ – ص ٩٤) محكم النقض على ما ذهبت إليه .

ويقول الأستاذ سليمان مرقس (عقد الإيجار فقرة ١٢٢ ص ٢٠٥ هامش رقم ٣ – البيع والإيجار فقرة ٢١١ ص ٢٨٦ هامش ١ – وأنظر أيضاً الأستاذ محمد على عرفه فى أسباب كسب الملكية سنة ١٩٥٥ فقرة ١٩٤ ص ٣٥٥) إن شرط حسن النية المذكورة فى الفقرة الثانية من المادة ١٧ من قانون الشهر مقصور على دعاوى الطعن فى تصرفات مسجلة ، يترتب عليها فسخ أو بطلان أو إلغاء التصرف بأثر رجعى من وقت حصول التصرف ، فجاء شرط حسن النية للحد من هذا الأثر الرجعى بالنسبة إلى الغير حسن النية، فلا يرجع الأثر إلا إلى وقت تسجيل صحيفة الدعوى . ويذهب إلى أن المشرع بإضافته إلى هذه الدعاوى دعوى الاستحقاق ودعوى صحة التعاقد تزيد دون مبرر . ففى دعوى الاستحقاق المرفوعة من المالك الحقيقى ضد الحائز للعقار يكون الحكم للمالك بالاستحقاق نافذاً فى حق من اشترى من الحائز ، ولو كان هذا الأخير حسن النية وسجل سنده قبل تسجيل صحيفة دعوى الاستحقاق. وفى دعوى صحة التعاقد المفروض أن تسجيل عقد المشترى الثانى قد نقل إليه ملكية المبيع وجرد البائع منها ، فصار وفاء هذا بالتزامه نحو المشترى الأول وفاء عينيا غير ممكن ، فيمتنع الحكم بصحة التعاقد ونفاذه ، ولا يبقى إلا الحكم بالتعويض .

وما يقوله الأستاذ سليمان مرقص من أن شرط حسن النية جاء ليحد من الأثر الرجعى لبطلان التصرف أو فسخه هو قول صحيح . وما يقوله من أن شرط حسن النية فى دعوى الاستحقاق لا محل له، آت من أنه تصور دعوى الاستحقاق فى صورتها المألوفة . ولكن الصورة التى يتصور فيها شرط حسن النية فى دعوى الاستحقاق هى عندما يكون الحائز وهو غير مالك يستطيع أن يملك الغير، كما هى الحال فى المشترى بعقد صورى وفى الوارث الظاهر (انظر آنفاً فقرة ٢٦٣ فى الهامش) . أما ما يقوله من أن شرط حسن النية لا محل له من الناحية العملية فى دعوى صحة التعاقد فقول فى حاجة إلى الاستقصاء . ذلك أن المثل الذى أتى به يمكن أن يثير شرط حسن النية على الوجه الآتى : يقيم المشترى الأول دعوى صحة التعاقد على البائع ، ويدخل فى الدعوى المشترى الثانى الذى سبق إلى تسجيل سنده قبل تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد . فإذا احتج المشترى الثانى بسبقه إلى التسجيل حتى يحول دون الحكم بصحة التعاقد ، دفع المشترى الأول ببطلان التسجيل لتواطؤ المشترى الثانى مع البائع . فإذا استطاع إثبات التواطؤ ، وكانت المحكمة من رأيها أن التواطؤ يفسد التسجيل ، فلا مانع من الحكم للمشترى الأول بصحة التعاقد ، وتسجيل هذا الحكم بنقل إليه هو ملكية العقار.

ذلك من نصوص قانون التسجيل ، أن التدليس لا يفسد التسجيل ، وقد سبق بيان ذلك ». هذا إلى أن نصوص قانون الشهر لم تقتصر على انتزاع الحجة للرأى الذى ذهبت إليه محكمة النقض ، بل هى أيضاً قد جعلت مكانها حجة على هذا الرأى ، فقد رأينا أن هذه النصوص تشترط فى الفقرة الثانية من المادة ١٧ حسن النية للاحتجاج بالتسجيل السابق على تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد . وإذا كانت محكمة النقض استطاعت أن تقرر أن مجرد العلم بالتصرف السابق لا ينفى حسن النية ، فمن البديهى أن المشترى الثانى الذى تواطأ مع البائع ، والذى سبق بفضل هذا التواطؤ إلى تسجيل سنده ، لا يمكن أن يوصف بأنه حسن النية مهما تأولنا لهذه العبارة من معان بعيدة عن الخاطر . فهو إذن سيئ النية، ومن ثم لا يستطيع أن يحتج على المشترى الأول الذى سجل دعوى صحة التعاقد بسبق تسجيله لسنده . ثم إن المبادئ العامة ، وقد وكل قانون الشهر إلى تطبيقها الحكم فى هذه المسألة ، تستعصى على التسليم بسلامة التسجيل فى عقد هو ثمرة للتدليس والتواطؤ، فالتواطؤ بطبيعته يفسد أى تصرف .

والاعتبارات العملية هى أيضاً لا تنهض بالرأى الذى تذهب إليه محكمة النقض. فنحن لا نزال فى نظام الشهر الشخصى، ولم ننتقل بعد إلى نظام الشهر العينى . فمن المجازفة أن نستعير من نظام الشهر العينى أحد مقوماته الجوهرية ، وهو الحجية المطلقة للسند المسجل ولو طعن فيه بالتواطؤ، لنظام شهر شخصى لا تزال الدقة فى تحرى صحة السندات المسجلة تعوزه ، ولا يقوم على أمر التسجيل فيه قضاة نظاميون ، ولا يكفل تعويض من يضار به، كما هو الأمر فى نظام الشهر العينى . يشهد بذلك من خبروا نظام الشهر القائم فى ناحيته العملية[1] .

ويخلص مما تقدم أنه يجب الوقوف عند الرأى الوسط، وهو الرأى الذى يدعم نظام التسجيل دون إغراق يعرض مصالح الناس للخطر . فلا يشترط لصحة التسجيل حسن النية، حتى لا يتزعزع نظام التسجيل بادخال عناصر نفسية فيه تهدد استقراره . ولكن يشترط

(١) ويقول الدكتور محمود شوقى ، وكان الأمين العام لمصلحة الشهر العقارى ، فى هذا الصدد ما يأتى : «ونرى أنه يجب الأخذ بالمبادئ العامة فى شأن كافة المحررات على اعتبار أن التدليس يفسد المحررات المسجلة كما يفسد أى محرر آخر ، تطبيقاً للمبدأ القائل بأن التدليس يفسد أى محرر ... ولا عبرة للقول بأن قانون تنظيم الشهرى العقارى قد أخذ بجميع إجراءات نظام السجل العينى ، وعلى هذا يجب أن يكون لإجراء التسجيل حجية مطلقة قبل الكافة . إذ أن القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ ليس إلا خطوة تمهيدية اتخذت فى سبيل الإصلاح النهائى المرتقب والذى يجب أن يمسك السجل العينى . وهذا السجل لا يدرج فيه محرر إلا بأمر من القائم على هذا السجل ، والقائم على أمر السجل يكون عادة قاضياً من القضاة النظاميين . أما وهذا النظام العينى المحكم لم ينفذ بعد ، فلا موجب أن يقتبس منه جزء لا يتفق ونظام التسجيل الشخصى عموماً ، وعلى الأخص فى مصر حيث الملكية العقارية ما زالت فى حاجة إلى كثير من العناية والدقة لتضبط على أساس سليم» (الشهر العقارى علما وعملا ص ٣١٣ – ص ٣١٤).

لصحة التسجيل عدم التواطؤ ، فكل تصرف يكون ثمرة للتواطؤ لا يسرى تسجيله فى حق الغير ، وبذلك تحمى مصالح الناس من أن يعرضها للضياع التدليس والغش .

ونستطيع أن نوجه هذا الرأى، من الناحية، بأحد طريقين. الطريق الأول، وهو الطريق المألوف، يكون بالقول بأن الغش يفسد التصرف (fraus omnia corrumpit)، فالعقد المسجل إذا كان ثمرة الغش والتواطؤ وجب أن يكون باطلا، والتسجيل لا يصححه[1]. والطريق الثانى هو الطعن فى العقد المسجل بالدعوى البولصية. ونساير فى هذا الطريق محكمة النقض، ولكن على أن يؤخذ بتطبيق خاص للدعوى البولصية عندما يتركز حق الدائن فى عين مملوكة للمدين. وقد قلنا فى الجزء الثانى من الوسيط[2] فى هذا الصدد ما يأتى: «وإذا فرض أن حق الدائن يتركز فى عين مملوكة للمدين، كما إذا كان موعوداً ببيع عين أو كان دائناً فى وعد برهن أو كان دائناً مرتهناً، ثم باع المدين العين الموعود ببيعها أو الموعود برهنها إلى شخص آخر إضراراً بحق الدائن، أو باع العين المرهونة قبل أن يشهر الدائن الرهن بحيث لا يتمكن من تتبع العين أو بعد شهر الرهن ولكن الدائن لا يريد تتبع العين حتى لا يضطر إلى تحمل اجراءات التطهير، ففى مثل هذه الأحوال يعتبر المدين فى حالة إعسار بالمعنى المقصود فى الدعوى البولصية ما دام الدائن لا يستطيع أن يصل إلى العين ذاتها التى تركز فيها حقه، حتى لو كان عند المدين أموال كافية تفي بتعويض الدائن بعد فوات العين. ومن ثم يجوز للدائن الطعن بالدعوى البولصية فى تصرف المدين فى العين الموعود ببيعها أو برهنها أو تصرفه فى العين المرهونة، فيتمكن بذلك من رد العين إلى ملك المدين بالنسبة إلى حقه وينفذ بهذا الحق عليها»[3]. وفى الحالة التى نحن بصددها قد تركز حق المشترى الأول فى العقار المبيع ، فيعتبر البائع فى حالة إعسار بالمعنى المقصود فى الدعوى البولصية ما دام المشترى الأول لا يستطيع أن يصل إلى العقار ذاته . ومن حق الدائن أن يطالب ، بدلا من

(١) أو يقال إن المشترى الثانى المتواطئ مع البائع قد أضر بالمشترى الأول ، فوجب عليه التعويض. وخير تعويض هو التعويض العينى ، فلا ينفذ البيع المسجل فى حق المشترى الأول ، فيستطيع هذا أن يثبت ملكيته فى العقار المبيع بتسجيل سنده .

ويلاحظ هنا أن المعيب ليس هو التسجيل، بل هو التصرف الثانى ذاته الذى كان محل للتسجيل. وسبب العيب هو الغش أو التواطؤ، فالغش يفسد التصرف القانونى، ولا يستطيع التسجيل أن يصحح هذا الفساد.

(٢) الوسيط جزء ٢ فقرة ٥٨٨ ص ١٠٣٠.

(٣) وجاء فى الحاشية رقم ٤ من ص ١٠٣٠ من الجزء الثانى من الوسيط إشارة إلى بعض الفقهاء الذين يقرون هذا الرأى وهم : لوران ٢٤ فقرة ١٦ – جروبيه فقرة ٢٦٣ وما بعدها – ريبير فى القاعدة الخلقية فى الالتزامات فقرة ١٧٠ – فقرة ١٧١ – ديموج ٧ فقرة ١٠٨٠ وما بعدها ، بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٣٧ – فقرة ٩٣٨ – دى هلتس جزء أول فى الدعوى البولصية Action paulienne فقرة ٤٨ .

التعويض، بالتنفيذ العينى . فيطالب المشترى الأول إذن بالتنفيذ العينى وهو تملك العقار ، ويعتبر البائع فى هذا الخصوص معسراً حتى لو كانت عنده أموال كافية تفى بتعويض المشترى الأول عن فوات تملكه للعقار . ومن ثم يجوز للمشترى الأول الطعن فى البيع المسجل بالدعوى البولصية ، فيجعله غير نافذ فى حقه ، ويتمكن بذلك من رد العقار إلى ملك البائع ، ويتملكه بعد ذلك بتسجيل سنده [1].

المبحث الثانى

تسليم المبيع

٢٩١ - تسليم المبيع والمحافظة عليه حتى التسليم فرع عن التزام البائع بنقل ملكية المبيع : إذا كان البائع ملتزماً بتسليم المبيع إلى المشترى ، فان هذا الالتزام فرع عن التزامه بنقل ملكية المبيع . ويتفرع أيضاً عن الالتزام بنقل الملكية التزام البائع بالمحافظة على المبيع إلى أن يسلمه إلى المشترى . ذلك أن المادة ٢٠٦ مدنى تنص على أن «الالتزام بنقل حق عينى يتضمن الالتزام بتسليم الشئ والمحافظة عليه حتى التسليم» .

فيتفرع إذن عن التزام البائع بنقل الملكية التزامان ، التزام بالمحافظة على المبيع والتزام بتسليمه إلى المشترى . وإذا اتفق الالتزامان فى أن كلا منهما فرع عن التزام أصلى، فانهما يختلفان فى أن الالتزام بالمحافظة على المبيع التزام ببذل عناية (obligation de

(١) وهذا ما قلناه فى الجزء الثانى من الوسيط ، فقد عقبنا على ما سبق أن أوردناه فى هذا الصدد بما يأتى: ويترتب على ما تقدم أنه إذا باع شخص عقاراً ولم يسجل المشترى ، ثم باعه ثانية من مشتر آخر، وبادر المشترى الثانى إلى التسجيل متواطئاً مع البائع على الإضرار بالمشترى الأول ، أمكن لهذا الأخير أن يطعن فى البيع الثانى بالدعوى البولصية ، إذ أن حقه قد تركز فى العقار المبيع» (الوسيط ٢ ص ١٠٣٠ حاشية رقم ٤) .

ويقرب من هذا ما قضت به محكمة استئناف مصر فى صدد تفضيل بيع غير مسجل على وقف أنشأه البائع بعد ذلك فى العقارالمبيع إضراراً بالمشترى. فقد قضت هذه المحكمة بأن عدم تسجيل عقد البيع لا يبطله ولا يعدم أثره، بل يظل العقد قائماً نافذاً ويلتزم الطرفان بجميع الالتزامات القانونية ما عدا نقل الملكية الذى يتراخى إلى ما بعد وقوع التسجيل. والمشترى بالعقد غير المسجل إنما هو دائن بالتزامات شخصية تركز على العين المبيعة، ويصح له إذن أن يستند إلى نص المادة ٥٣ مدنى ويطلب بطلان الوقف الذى انشأه البائع إضراراً به، لأن التصرف يمنع المشترى من تنفيذ الالتزامات التى تعهد بها البائع بمقتضى عقد البيع من تسهيل الإجراءات الموصلة إلى نقل ملكية العين وتسليمها له ومنع تعرضه فيها. ولا محل للقول بالتفاضل بين عقد البيع غير المسجل وحجة الوقف المسجلة، لأن المقام ليس مقام ترجيح عقد على آخر، والمشترى بالعقد غير المسجل لا يطالب بحقه عينى مثل تثبيت الملكية أو خلافه ، بل يدفع دعوى الوقف بالقول ببطلانه، لوقوعه إضراراً بحقوقه بصفته دائناً بالتزامات تتركز على العين الموقوفة (استئناف مصر ٣١ أكتوبر سنة١٩٤٥ المجموعة الرسمية٤٧ رقم٤٠) .

moyen)، أما الالتزام بتسليم المبيع فهو التزام بتحقيق غاية (obligation de résultat)[1]. وسنرى أنه يترتب على أن الالتزام بتسليم المبيع هو التزام متفرع عن التزام بنقل الملكية أن المبيع قبل تسليمه يهلك على البائع ، ومن هنا يجئ أن تبعة الهلاك تدور مع التسليم لا مع نقل الملكية فى القانون المصرى .

أما التزام البائع بالمحافظة على المبيع حتى التسليم ، فهو التزام ببذل عناية كما قدمنا. ومن ثم يكون التزاماً بعمل ، وتسرى عليه المادة ٢١١ مدنى وهى تنص على أنه «فى الالتزام بعمل، إذا كان المطلوب من المدين هو أن يحافظ على الشئ ... فان المدين يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل فى تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادى ولو لم يتحقق الغرض المقصود» . فاذا بذل البائع فى المحافظة على المبيع إلى وقت تسليمه للمشترى عناية الشخص العادى، دون أن ينزل عن ذلك حتى لو كان هو نفسه فى عنايته بماله أقل حرصاً من الشخص العادى، ودون أن يرتفع عن ذلك حتى لو كان هو نفسه فى عنايته بماله أكثر حرصاً من الشخص العادى ، فانه يكون قد وفى بالتزامه . فاذا هلك المبيع أو أصابه تلف بالرغم من أن البائع قد بذل فى المحافظة عليه العناية الواجبة على النحو السالف الذكر، لم يكن البائع مسئولا بموجب التزامه بالمحافظة على المبيع ، وإن كان يتحمل تبعة الهلاك أو التلف بموجب التزامه بالتسليم كما سنرى . وإذا لم يبذل البائع فى المحافظة على المبيع هذا القدر من العناية كان مقصراً ، فاذا هلك المبيع أو تلف من جراء هذا التقصير كان ذلك بخطأه . وكان مسئولا ، بموجب التزامه بالمحافظة على المبيع، عن الضرر الذى أحدثه للمشترى وفقا للقواعد العامة المقررة فى المسئولية التعاقدية، ولا يقتصر الأمر على تحمله تبعة الهلاك بموجب التزامه بالتسليم . ولا مسئولية عليه بطبيعة الحال لو أن الهلاك أو التلف كان بخطأ المشترى ، وتنتفى مسئوليته فى هذه الحالة على أساس الالتزامين معاً التزامه بالمحافظة على المبيع والتزامه بتسليمه ، ويكون المشترى ملزماً بتسلم المبيع على حالته مع دفع ثمنه كاملا للبائع [2].

(١) أما الالتزام بالتسليم فى القانون الفرنسى – وفى القانون اللبنانى تبعاً له – فليس التزاما بتحقيق غاية، بل هو التزام ببذل عناية يختلط بالالتزام بالمحافظة على المبيع . فإذا هلك الشئ أو تلف بسبب أجنبى قبل التسليم ، فعجز البائع عن تسليمه دون أن يكون ذلك بخطأ منه ، برئت ذمته من الالتزام بالتسليم، وجاز له أن يطالب المشترى بالثمن : فيكون المشترى هو الذى يتحمل تبعة الهلاك ، وسنعود إلى ذلك فيما يلى.

(٢) وقد أورد تقنين الموجبات والعقود اللبنانى هذه الأحكام فى المادتين ٤١٥ ، ٤١٦ منه. فنصت المادة ٤١٥ على أنه «إذا هلك الشئ المعين الذى انعقد عليه البيع ، أو أصيب بعيب قبل التسليم ، بسبب فعل أو خطأ ارتكبه البائع ، حق للمشترى أن يطلب قيمة ذلك الشئ أو عوضاً مقابلا لما نقص من قيمته، على الشروط التى بمقتضاها يحق له أن يداعى أى شخص آخر . وإذا كان المبيع من المثليات ، فعلى البائع أن يسلم ما يماثله صفة ومقداراً ، مع الاحتفاظ بحق المشترى فى طلب زيادة بدل العطل والضرر عند الاقتضاء» . ونصت المادة ٤١٦ على أنه «إذا هلك المبيع أو ناله عيب قبل التسليم بفعل أو خطأ من المشترى ، كان ملزماً باستلامه على حالته ، وبدفع ثمنه كاملا» . وهذان النصان ليسا إلا تطبيقاً للقواعد العامة ، فيؤخذ بما ورد فيهما من الأحكام دون حاجة إلى نص .

يبقى التزام البائع بتسليم المبيع ، وهو التزام متفرع عن الالتزام بنقل الملكية وفي الوقت ذاته التزام بتحقيق غاية كما قدمنا . فنحتفظ له بهذه السمة (١) ، ونتناول بحثه تفصيلا ، لنحدد المحل الذى يقع عليه التسليم ، ولنرى كيف يتم التسليم . ولنعين الجزاء الذى يترتب على إخلال البائع بالتزام التسليم ويدخل فى ذلك تبعة هلاك المبيع أو تلفه قبل التسليم (٢) .

المطلب الأول

محل التسليم

٢٩٢ – تسليم المبيع بحالته وبمقداره وبملحقاته : محل التسليم هو المبيع المتفق عليه فى عقد البيع . ويلتزم البائع بتسليمه إلى المشترى بالحالة التى كان عليها وقت المبيع، وبالمقدار الذى عين له فى العقد ، وبالملحقات التى تتبعه . فنستعرض هذه المسائل الثلاث : حالة المبيع ومقداره وملحقاته .

١ – حالة المبيع

٢٩٣ – النصوص القانونية : تنص المادة ٤٣١ من التقنين المدنى على ما يأتى :

«يلتزم البائع بتسليم المبيع للمشترى بالحالة التى كان عليها وقت البيع» (٣) .

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق ، ولكـن الحكم كان معمولا به دون نص .

---

(١) وسنرى أن لتفرع الالتزام بالتسليم عن الالتزام بنقل الملكية أهمية كبيرة ، فان الالتزام بالتسليم يكون مكملا للالتزام بنقل الملكية ، ولا يعتبر تنفيذ الالتزام الثانى كاملا إذا تم تنفيذ الالتزام الأول. وإذا كان التسليم فى القانون الرومانى وفى القانون الفرنسي القديم بلغ من الأهمية أن كان هو الذى ينقل الملكية، فانه لا تزال له أهميته حتى اليوم ، فهو إذا كان لا ينقل الملكية فانه يستكمل نقلها من ناحية تحمل تبعة الهلاك على الأقل كما سنرى .

(٢) وقواعد التسليم فى البيع هى التى تسرى فى مجموعها على كل التزام بالتسليم، سواء كان التزاما متفرعاً عن الالتزام بنقل الملكية كما فى المقاضية والهبة والشركة والقرض والصلح ، أو كان التزاما مستقلا كما فى الإيجار والعارية . وقد نصت المادة ٥٦٦ مدنى فى عقد الإيجار صراحة على أنه «يسرى على الالتزام بتسليم العين المؤجرة ما يسرى على الالتزام بتسليم العين المبيعة من أحكام وعلى الأخص ما يتعلق منها بزمان التسليم ومكانه وتحديد مقدار العين المؤجرة وتحديد ملحقاتها» .

(٣) **تاريخ النص**: ورد هذا النص فى المادة ٥٧١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدني الجديد. وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٤٤٤ من المشروع النهائى. ووافق عليه مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم٤٣١ (مجموعة الأعمال التحضيرية٤ ص٥٢ – ص٥٣) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٣٩٩ – وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٤٢٠ – ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى العراقى – ويقابل فى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٤١٤ (١) .

وغني عن البيان أن الالتزام بتسليم المبيع فى الحالة التى كان عليها وقت البيع ليس من النظام العام ، فيجوز للمتبايعين أن يتفقا على تسليم المبيع فى حالة جيدة أو فى حالة مطابقة للعينة أو غير ذلك(٢) مما يتفقان عليه بموجب شرط خاص .

ومن ثم وجب أن نبين كيف تتعين حالة المبيع وقت البيع ، وما الحكم إذا تغيرت هذه الحالة عند التسليم ، وما الذى يترتب على وجود اتفاق خاص بين المتبايعين يعين الحالة التى يكون عليها التسليم .

٢٩٤ – كيف تتعين حالة المبيع وقت البيع : قدمنا أن المبيع يجب أن يكون معينا تعييناً كافياً ، وهذا التعيين الكافى ينطوى دون شك على وصف لحالة المبيع وقت البيع. والمفروض – كما تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى (٣)– أن المشترى قد رأى المبيع أو علم به علماً كافياً . وقد كان المشروع التمهيدى يشتمل على نص ، هو المادة ٥٧٣ من هذا المشروع ، يقضى بأن «يلتزم البائع أن يزود المشترى بالبيانات الضرورية عن الشئ المبيع، وأن يقدم له الأوراق والمستندات المتعلقة بهذا الشئ» . وقد حذفت لجنة المراجعة هذا النص لأن أحكامه «مستفادة من القواعد العامة» (٤) . فالبائع إذن يلتزم بتزويد المشترى بالبيانات اللازمة للكشف عن حالة الشئ وقت البيع، كأن يعين له حدود العين المبيعة وما عليها من حقوق وتكاليف، ومشتملات العين، ودرجة جودتها، ونحو ذلك من الأمور التى يكون من شأنها تعيين حالة المبيع. وهذه هى الحالة التى يلتزم البائع

---

(١) **التقنينات المدنية العربية الأخرى :**

التقنين المدنى السورى م ٣٩٩ (مطابقة للمادة ٤٣١ من التقنين المدنى المصرى – انظر فى القانون المدنى السورى الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٩٥) .

التقنين المدنى الليبى م ٤٢٠ (مطابقة للمادة ٤٣١ من التقنين المدنى المصرى)

التقنين المدنى العراقى : لا مقابل لنص التقنين المدنى المصرى ، ولكن هذا النص ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة فيمكن الأخذ به فى القانون العراقى : أنظر الأستاذ حسن الذنون فقرة ١٦٦ – فقرة ١٦٧ – الأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٣٩٣ – فقرة ٣٩٥ .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٤١٤ : يجب تسليم المبيع بحالته التى كان عليها وقت البيع، ولا يجوز للبائع بعد ذلك أن يغير حالته . (وهذا يطابق الحكم الوارد فى نص التقنين المدنى المصرى) .

(٢) مثل ذلك أن يكون المبيع عقاراً مرهوناً وقت البيع ، فيتفق المتبايعان على أن يسلم البائع المشترى العقار خالياً من الرهن بعد شطبه (بلانيول وريبير وهامل ١٠ ص ٨٦ هامش ٤) .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٥٢ .

(٤) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٥٥ هامش رقم ١ .

أن يسلم بها المبيع إلى المشترى [(١)]، ما لم يوجد إتفاق خاص على غير ذلك [(٢)].

وإذا كان المبيع من المثليات التى لم تعين إلا بالنوع ، لم يكن من المستطاع تعيين حالة المبيع وقت البيع ، لأنه غير معين بالذات فى هذا الوقت . وقد تكفلت الفقرة الثانية من المادة ١٣٣ مدنى ببيان الحكم فى هذا الفرض ، فنصت على ما يأتى : «ويكفى أن يكون المحل معيناً بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره . وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشئ من حيث جودته ، ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من أى ظرف آخر ؛ التزم المدين بأن يسلم شيئاً من صنف متوسط» . فالحالة التى يجب تسليم المبيع عليها فى هذا الفرض يعينها الاتفاق الخاص إن وجد ، فاذا لم يوجد اتفاق خاص عينها العرف أو أية ظروف أخرى ملابسة ، فاذا لم توجد هذه ولا ذاك وجب تسليم المبيع من صنف متوسط ، لا من صنف جيد حتى لا يغبن البائع ، ولا من صنف ردئ حتى لا يغبن المشترى [(٣)].

---

(١) فإذا كان المبيع أرضاً داخلة فى مشروع تقسيم (plan de lotissement) ، وجب تسليمها فى الحالة التى هى عليها فى مشروع التقسيم بما يشتمل عليه من شوارع وميادين ، ولكن ليس من الضرورى إنشاء هذه الشوارع والميادين فى صورة نهائية ما دامت قد شقت وأصبحت ميسرة للاستعمال العام (استئناف مختلط ٣٠ مايو سنة ١٨٩٤م ٦ ص ٣١٠ - ٢٦ نوفمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ - ص ٣٩ - ١٨ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٣٤٣ - ٧ مايو سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٠٩) . وليس البائع فى هذه الحالة ملزماً بإنشاء الشوارع والميادين ، ولكن يجب أن يترك المسافات اللازمة لها (استئناف مختلط ٢١ فبراير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١٩٥) ، وأن يجعل المشترى ينتفع بها (استئناف مختلط ٧ يونيه سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٣٢١) ، وللمشترى صفة طلب هدم المبانى التى تقام فى الشوارع المصممة (استئناف مختلط ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٤٥ م ٥٨ ص ٤) . أما إذا وقف البائع بقية الأرض المقسمة ولم يقم بشق الشوارع والميادين ، جاز للمشترى فسخ البيع (استئناف مختلط ١٢ مارس سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٨١ - ٧ مايو سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٠٧).

وإذا كانت الأرض المبيعة ليس لها ممر يصلها بالطريق العام ، سلمها البائع للمشترى على هذه الحالة، ولا يكون ملتزماً بإيجاد ممر لها إلى الطريق العام إلا بشرط خاص (استئناف مختلط ٧ يناير سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١٠١) .

(٢) أو عرف متبع ، وذلك كالحالة التى يسلم بها البائع القطن المبيع ، فيرجع إلى العرف فى تحديد هذه الحالة وفى تعيين مرتبة القطن بحسب المتعارف فى بورصة مينا البصل (استئناف مختلط ٣١ ديسمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ١١٧).

(٣) الوسيط جزء أول فقرة ٢٢٣ - بودرى وسينيا فقرة ٣١٢.

وإذا كانت حالة المبيع غير الحالة الواجبة ، كان على المشترى وقت تسلم البضاعة أن يطلب من قاضى الأمور المستعجلة معاينة البضاعة أو تعيين خبير لمعاينتها ، وكذلك يجوز للبائع ، إذا ادعى أن الحالة هى الحالة الواجبة ، أن يطلب هذه المعاينة (استئناف مختلط ٣ مارس سنة ١٩٠٩م ٢١ ص ٢٣٩ - ٣١ أكتوبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٢٥) . أما إذا قبل المشترى المبيع واستعمله مدة طويلة، فليس له بعد ذلك أن يشكو أن فيه عيباً أو أنه ليس على الحالة الواجبة (استئناف مختلط ٢١ نوفمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٥٤ - ٢٦ يناير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٧٩) .

٢٩٥ - تغير حالة المبيع : والتزام البائع بتسليم المبيع فى الحالة التى كان عليها وقت البيع معناه أنه لا يجوز له أن يغير من هذه الحالة ، بل يجب عليه أن يحافظ عليها حتى يسلم بها المبيع إلى المشترى .

والمفروض بقاء الشئ على أصله، فالحالة التى يكون عليها المبيع وقت التسليم يفترض أن تكون هى نفس الحالة التى كان عليها وقت البيع. فاذا تسلم المشترى المبيع دون أن يعترض، وسكت مدة كافية يفترض فيها أنه عاين الشئ فارتضاه، فليس له بعد ذلك أن يحتج بأن المبيع لم يكن فى الحالة التى كان عليها وقت البيع، إذ أن سكوته هذه المدة يدل أما على أن المبيع وقت التسليم كان فى نفس حالته وقت البيع، وإما على أن هناك فرقاً بين الحالتين ولكن هذا الفرق قد تسامح فيه ونزل عن حقه فى التمسك به[(١)].

أما إذا اعترض المشترى عند تسلمه المبيع ، أو عند معاينته له واختباره إياه بعد التسلم، بأن المبيع قد تغيرت حالته عما كانت عليه وقت البيع ، فعلى البائع عبء إثبات أن المبيع لم تتغير حالته عما كان عليه وقت البيع ، لأنه هو المدين بالتزام التسليم وهو الذى يقوم بتنفيذه، وعلى المدين إثبات براءته من الالتزام [(٢)].

---

(١) استئناف مختلط ٢١ نوفمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٥٤ - ٢٦ يناير سنة ١٩١٩ م ص ١٧٩ (وهما الحكمان المشار إليهما فى الحاشية السابقة) هذا وتقضى المادة ٢٥١ من قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ (تقابلها المادة ٩٩ من التقنين التجارى القديم) فى العلاقة بين صاحب الأشياء المنقولة وأمين النقل بأن «١ - تسلم الشئ محل النقل دون تحفظ يسقط الحق فى الرجوع على الناقل بسبب التلف أو الهلاك الجزئى ما لم يثبت المرسل إليه حالة الشئ ويقيم الدعوى عل الناقل خلال تسعين يوما من تاريخ التسليم . ٢ - ولا يجوز للناقل التمسك بعدم قبول الدعوى وفقا للفقرة السابقة.

أ - اذا ثبت أن الهلاك أو التلف نشأ عن غش أو خطأ جسيم صدر من الناقل أو من تابعيه .

ب - اذا ثبت أن الناقل أو تابعيه تعمدوا إخفاء الهلاك الجزئى أو التلف .

٣- يكون إثبات حالة الشئ المشار إليه فى الفقرة الأولى من هذه المادة بمعرفة أحد رجال الإدارة أو خبير يعينه القاضى المختص بأمر على عريضة».

وغنى عن البيان أن هذه الاجراءات والمواعيد القصيرة لا تنطبق إلا فى العلاقة ما بين صاحب الاشياء المنقولة وأمين النقل ، ولا محل لتطبيقها فى العلاقة ما بين البائع والمشترى ، فلو سكت المشترى مدة أطول من المدة المنصوص عليها فى المادة ٢٥١ من قانون التجارة لا يسقط حقه لمجرد هذا السكوت إلا إذا تبين من الظروف أنه قصد النزول عن حقه .

(انظر بودرى وسينيا نقده ٣١٢ مكررة ثانيا ويشيران إلى المادة ١٠٥ تجارى فرنسى) .

(٢) بودرى وسينيا فقرة ٣١٢ مكررة رابعاً - دى باج ٤ فقرة ٩٩ - الأستاذ عبدالمنعم البدراوى فقرة ٢٥٢ - الأستاذ جميل الشرقاوى فقرة ٦٠ ص ١٩٧ - ص ١٩٨ .

وإذا كان المبيع عيناً معينة بالذات ، فإذا كانت قد وصفت حالتها فى عقد البيع ، وأدعى المشترى أنها عند التسليم لا تطابق هذه الحالة ، فعلى البائع أن يثبت مطابقة المبيع للحالة الموصوفة فى عقد البيع، لأنه هو المدين بتسليم المبيع فى هذه الحالة التى كان عليها وقت البيع ، فعليه عبء إثبات أنه وفى التزامه على هذا النحو كما سبق القول . وإن كان المبيع لم توصف حالته فى عقد البيع، =

فان ثبت تغير فى حالة المبيع وكان هذا التغير ضاراً بالمشترى ، كان البائع مسئولا عن ذلك ، سواء كان التغير بخطئه أو بفعله أو بفعل الغير ، ويرجع البائع على الغير إذا كان هناك وجه للرجوع . ذلك أن البائع ملتزم بتسليم المبيع فى الحالة التى كان عليها وقت البيع، وهذا الالتزام هو التزام بتحقيق غاية كما قدمنا ، وقد ثبت أن المبيع قد تغيرت حالته تغيراً ضاراً بالمشترى . فعلى البائع تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً إن أمكن ، بأن يعيد المبيع إلى الحالة التى كان عليها وقت البيع إذا كان هذا مستطاعاً ، وإلا كان للمشترى الحق فى الرجوع عليه بالتعويض ، بل له أن يطالب بفسخ البيع وبالتعويض معاً إذا كان هناك وجه لذلك كما سنرى . وغنى عن البيان أنه إذا كان التغير بخطأ المشترى أو بفعله، فعليه هو مغبة ذلك ، وليس له الرجوع بشئ على البائع .

وإذا كان التغير الضار بالمشترى قد وقع بقوة قاهرة أو بحادث فجائى، لم يزل البائع هو المسئول عنه على النحو الذى قدمناه، لأن التزامه بتسليم المبيع فى الحالة التى كان عليها وقت البيع هو التزام بتحقيق غاية كما سبق القول[1]، ويعتبر مخلا بهذا الالتزام إذا لم يسلمه بهذه الحالة ولو حال دون ذلك سبب أجنبى [1]. ويتفرع على ذلك أن المبيع

= فالمفروض بقاء الشئ على أصله ، وأن المبيع لم تتغير حالته عند التسليم عما كان عليه وقت البيع. وإذا ادعى المشترى غير ذلك فعليه هو عبء الاثبات ، وقد قدمنا أن لكل من المشترى والبائع أن يطلب من قاضي الأمور المستعجلة معاينة المبيع أو تعيين خبير لمعاينته (انظر آنفاً فقرة ٢٩٤ فى الهامش)، وهذا مما ييسر الإثبات على كل منهما .

(١) ويجب التمييز بين رجوع المشترى على البائع بالتنفيذ العينى أو التعويض أو الفسخ لعدم مطابقة حالة المبيع للحالة التى كان عليها وقت البيع ، وبين رجوع المشترى على البائع بالعيوب الخفية فى المبيع. فعدم المطابقة يفترض أن حالة المبيع تختلف وقت التسليم عنها وقت البيع ، أما العيب الخفى فيفترض أن المبيع بحالته وقت البيع إلا أن فيه عيباً خفياً لم يكن المشترى يعرفه . ودعوى الفسخ للعيب الخفى تسقط بسنة من تاريخ تسليم المبيع ، أما دعوى الفسخ لعدم المطابقة فلا تسقط إلا بخمس عشرة سنة.

ويجب التمييز كذلك بين دعوى عدم المطابقة هذه دعوى الغلط فى المبيع ، إذ الغلط يفترض أن إرادة المشترى معيبة فهو حالة نفسية ، أمام عدم المطابقة فهو حالة مادية . والغلط جزاؤه دعوى إبطال وتسقط بثلاث سنوات ، أما عدم المطابقة فالدعوى فيه لا تسقط إلا بخمس عشرة سنة كما قدمنا. وكالغلط عدم العلم الكافى بالمبيع أو خيار الرؤية (انظر الأستاذ عبدالمنعم البدراوى فقرة ٢٥٣ ويشير إلى تعليقات الأستاذ هيمار فى المجلة الفصلية للقانون التجارى ١٩٤٨ ص ١٥٧ و ص ٣٦٠).

(1) اذا كان الواقع فى الدعوى أن الطاعنة (وزارة الصحة) تعاقدت مع المطعون عليه الأخير هو ومورث باقي المطعون عليهم على توريد مسلى لمستشفياتها وأنهما وردا لها رسالة أولى وجد بعضها غير مطابق للمواصفات المتفق عليها فى عقد التوريد فرفضت الطاعنة قبولها واخطرت مفتش صحة مدينة القاهرة بذلك فأمر بضبط الرسالة واخطرت النيابة العامة فاستصدرت أمرا من القضاء بتأييد هذا الضبط، وأن المطعون عليهما اذا ارتضيا هذا الرفض قاما بتوريد كمية أخرى من المسلى بدلا من الرسالة الأولى قبلتها الطاعنة ، فان الحكم المطعون فيه وقد الزم الطاعنة بثمن ما ثبت من التحليل صلاحيته من المسلى موضوع الرسالة الأولى تأسيساً على أن تسلم المطعون عليهما لهذا القدر الذى ثبت صلاحيته يعتبر تسليما صحيحا للشئ المبيع يوجب على المشترى أداء ثمنه المتفق عليه مع ان المسلى موضوع=

إذا هلك هلاكاً كلياً أو هلاكاً جزئياً قبل التسليم ، كانت تبعة الهلاك أو التلف على البائع كما سنرى .

وقد تتغير حالة المبيع وقت التسليم إلى حالة أفضل عما كانت عليه وقت البيع. فان كان هذا التغير بسبب أجنبى، كأن التحق طمي بأرض زراعية فزادت، فان الزيادة تكون من نصيب المشترى لا يدفع فى مقابلها شيئاً للبائع، إذ أن للمشترى نماء المبيع من وقت البيع كما أنه له ثمراته. وإن كان التغير بفعل البائع، كأن أدخل على المبيع تحسينات أو أقام فيه بناء، اعتبر أنه قد فعل ذلك فى ملك الغير وهو عالم بذلك، وبهذا قضت محكمة النقض[١] كما سبق القول. فان كان البائع قد أنفق على المبيع مصروفات نافعة أو أقام بناء، جاز للمشترى أن يطلب من البائع الإزالة على نفقته مع التعويض إن كان له وجه، أو أن يطلب استبقاء التحسينات أو البناء مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة، أو دفع مبلغ يساوى ما زاد فى ثمن المبيع بسبب هذه الأعمال. ويجوز للبائع أن يطلب نزع ما استحدثه إن كان ذلك لا يلحق بالمبيع ضرراً ، إلا إذا اختار المشترى أن يستبقيه طبقاً للأحكام المتقدمة [٢]. وإذا كانت التحسينات كمالية ، فليس للبائع أن يطالب بتعويض عنها ، ولكن له أن ينزع ما استحدثه على أن يعيد المبيع إلى حالته الأصلية وقت البيع ، ما لم يختر المشترى أن يستبقيه مقابل دفع قيمته مستحق الإزالة [٣]. أما إذا كان البائع قد أنفق على المبيع مصروفات ضرورية لحفظه من الهلاك أو من التلف ، فانه لا يرجع بشئ مما أنفقه على المشترى ، فقد قدمنا أن تبعة الهلاك أو التلف على البائع .

وغنى عن البيان أن البائع إذا كان يلتزم بتسليم المبيع بالحالة التى هو عليها وقت البيع ، فمن باب أولى يلتزم بتسليم نفس المبيع لا بشئ آخر ولو كان خيراً منه ، وبكل المبيع لا بجزء منه لأن الوفاء الجزئى لا يجوز إذا لم يرض به الدائن ، فاذا كان المبيع من المثليات وجب تسليمه كله دفعة واحدة لا جزءاً فجزءاً [٤].

٢٩٦ – وجود اتفاق خاص على حالة المبيع: وقد قدمنا أن التزام البائع بتسليم المبيع فى الحالة التى كان عليها وقت البيع على النحو الذى بسطناه إنما يقوم إذا لم يكن هناك

= الرسالة الأولى قد استبدل به غيره ولم يعد هو المبيع الذى تلتزم الطاعنة باداء ثمنه طبقا لعقد التوريد. يكون وقد أسس قضاءه على هذا الفهم الخاطئ مخالفا للقانون بما يستوجب نقضه .
(جلسة ١٩٥٨/١٢/٤ مجموعة أحكام النقض السنة ٩ ص ٧١٨)

(١) نقض مدنى ٨ ديسمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٨١ ص ١٥٢ – ٢٩ مارس سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٢٨ ص ٦٠١.

(٢) انظر فى كل ذلك المادتين ٩٢٤ و ٢/٩٨٠ مدنى .

(٣) انظر المادة ٣/٩٨٠ مدنى .

(٤) بودرى وسينيا فقرة ٣١١ ص ٣١٣ وفقرة ٣٢٥ .

اتفاق خاص بين المتبايعين . فاذا كان هناك هذا الاتفاق الخاص ، فانه هو الذى يسرى، والمشترى هو المكلف باثبات وجود الاتفاق ، فاذا أثبته وجب على البائع أن يثبت أن المبيع وقت أن سلمه كان فعلا فى الحالة المتفق عليها [(١)].

وقد يتفق المتبايعان على أن يسلم البائع المبيع فى حالة جيدة . فيجب عندئذ أن يقوم البائع بهذا الالتزام فيسلم المبيع فى حالة جيدة ، ولو كانت حالته وقت البيع لم تكن جيدة بعلم المشترى ، بل كانت متوسطة أو رديئة ، ويكون على البائع إذن أن يحسن حالة المبيع حتى تنقلب إلى حالة جيدة وقت التسليم . فاذا لم يفعل ، وكانت الحالة التى عليها المبيع فعلا تفوت على المشترى غرضه من الشراء ، كان للمشترى مطالبة البائع بالتنفيذ العينى، كما أن له يطالب بفسخ البيع مع التعويض إن كان له مقتض . أما إذا كانت حالة المبيع لا تفوت على المشترى غرضه ، فان البيع لا يفسخ ، بل يكون للمشترى المطالبة بالتعويض إن كان قد أصابه ضرر [(٢)] [(1)].

وقد يتفق المتبايعان على أن تكون حالة المبيع وقت التسليم مطابقة لعينة متفق عليها، وعندئذ يجب أن يكون المبيع وقت التسليم مطابقاً لهذه العينة ، على النحو الذى بسطناه عند الكلام فى البيع بالعينة [(٣)].

٢ – مقدار البيع

٢٩٧ – النصوص القانونية : تنص المادة ٤٣٣ من التقنين المدنى على ما يأتى :

«١ – إذا عين فى العقد مقدار المبيع ، كان البائع مسئولا عن نقص هذا القدر بحسب ما يقضى به العرف ، ما لم يتفق على غير ذلك . على أنه لا يجوز للمشترى أن يطلب فسخ العقد لنقص فى المبيع ، إلا إذا أثبت أن هذا النقص من الجسامة بحيث أنه لو كان يعلمه لما أتم العقد» .

«٢– أما إذا تبين أن القدر الذى يشتمل عليه المبيع يزيد على ما ذكر فى العقد وكان الثمن مقدراً بحساب الوحدة، وجب على المشترى، إذا كان المبيع غير قابل

(١) بودرى وسينيا فقرة ٣١٢ مكررة رابعا .

(٢) بودرى وسينيا فقرة ٣١٢ مكررة أولا .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ١٢٥ – وانظر المادة ٤٢٠ مدنى .

(1) تنص المادة ٢٤٠ من التقنين المدنى على أنه «اذا كان البيع بالعينة وجب أن يكون المبيع مطابقا لها» ومؤدى ذلك أن يقع على عاتق البائع الالتزام بتسليم شئ مطابقاً للعينة المتفق عليها ، فإذا لم يف بهذا الالتزام لم يكن له أن يطالب المشترى باداء المقابل وهو الثمن .
(جلسة ١٥/١٠/١٩٥٩ الطعن ٢٢٢ لسنة ٢٥ ق س ١٠ ص ٥٦٧)

للتبعيض، أن يكمل الثمن ، إلا إذا كانت الزيادة جسيمة فيجوز له أن يطلب فسخ العقد، وكل هذا ما لم يوجد اتفاق يخالفه» .

وتنص المادة ٤٣٤ على ما يأتى :

«إذا وجد فى المبيع عجز أو زيادة ، فان حق المشترى فى طلب إنقاص الثمن أو فى طلب فسخ العقد، وحق البائع فى طلب تكملة الثمن ، يسقط كل منهما بالتقادم إذا انقضت سنة من وقت تسليم المبيع تسليما فعليا» [(١)].

وتقابل هذه النصوص فى التقنين المدنى السابق المواد٢٩٠/٣٦٣–٢٩٦/٣٧٠[(٢)]

(١) **تاريخ النصوص** : م ٤٣٣ : ورد هذا النص فى المادة ٥٧٤ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : «١ – إذا ضمن البائع للمشترى أن المبيع يشتمل على قدر معين ، كان مسئولا على هذا القدر حسب ما يقضى به العرف ، ما لم يتفق على غير ذلك . على أنه لا يجوز للمشترى أن يطلب فسخ العقد لنقص فى المبيع ، إلا إذا كان هذا النقص من الجسامة بحيث يصبح تنفيذ العقد عديم الجدوى بالنسبة للمشترى . ٢ – أما إذا تبين أن القدر الذى يشتمل عليه المبيع يزيد على ما ذكر فى العقد، وكان الثمن مقدراً بحساب الوحدة ، وجب على المشترى أن يكمل الثمن ، إلا إذا كانت الزيادة جسيمة فيجوز له أن يطلب فسخ العقد» . وقد أقرت لجنة المراجعة النص مع تعديلات لفظية طفيفة، وأصبحت المادة رقمها ٤٤٦ فى المشروع النهائى – وفى لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب استبدلت عبارة «إذا عين فى العقد مقدار المبيع ، كان البائع مسئولا» بعبارة «إذا ضمن البائع للمشترى أن المبيع يشتمل على قدر معين ، كان مسئولا» فى صدر الفقرة الأولى . ووافق مجلس النواب على هذا التعديل . وفى لجنة الشيوخ اعترض على عبارة «عديم الجدوى» الواردة فى الفقرة الأولى ، إذ ما من عقد إلا وله جدوى . ورأت اللجنة أن تستبدل فى الفقرة الأولى بعبارة «إلا إذا كان هذا النقض من الجسامة بحيث يصبح تنفيذ العقد عديم الجدوى بالنسبة للمشترى» عبارة «إلا إذا أثبت أن هذا النقص من الجسامة بحيث أنه لو كان يعلمه لما أتم العقد» . وذكر فى تقرير اللجنة أنه «قد جعل أساس للفسخ عدم إتمام العاقد للعقد لو أنه كان يعلم بوجود النقص ، أخذاً بالمعيار العام الذى ويضع فى شأن الغلط» . وأضافت اللجنة إلى الفقرة الثانية عبارة «إذا كان المبيع غير قابل للتبعيض» لزيادة الإيضاح . فأصبح النص بعد هذه التعديلات مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد، وأصبح رقمه ٤٣٣ . ووافق مجلس الشيوخ عى النص كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٥٩ وص ٦١ – ٦٣).

م **٤٣٤** : ورد هذا النص فى المادة ٥٧٥ من المشروع التمهيدى مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٤٤٧ من المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٣٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٦٤ – ص ٦٦).

(٢) **التقنين المدنى السابق** م ٢٩٠/٣٦٣ : على البائع أن يسلم المبيع بمقداره أو وزنه أو مقاسه المبين له فى عقد البيع .

م ٢٩١/٣٦٤ – ٣٦٥: الأشياء التى يقوم بعضها مقام بعض إذا بيعت جملة وتعين مقدارها مع تعيين الثمن باعتبار آحادها، ووجد مقدارها الحقيقى أقل من المقدر فى العقد، فللمشترى الخيار بين فسخ البيع وبين إبقائه مع تنقيص الثمن تنقيصاً نسبياً. وإذا زاد الموجود عن المقدار المعين، فالزيادة للبائع .

م ٢٩٢/٣٦٦: إذا كان المبيع من الأشياء التى تقاس أو تكال أو توزن ولا يمكن انقسامه بغير ضرر، وكان قد تعين فى عقد البيع مقدار المبيع وثمنه باعتبار آحاده ، ففى حالة وجود نقص أو =

=زيادة فى المقدار المعين ، يكون للمشترى الخيار بين فسخ البيع وبين أخذ الموجود بالكامل مع دفع ثمنه بالنسبة لقدره الحقيقي . أما إذا كان الثمن تعين جملة ، فللمشترى الخيار بين فسخ البيع وبين أخذ المبيع بالثمن المتفق عليه .

م ٣٦٧/٢٩٣ : لا يجوز للمشترى فسخ البيع فى الأحوال المذكورة فى المادة السابقة إلا إذا كان الغلط زائداً على نصف عشر الثمن المعين .

م ٣٦٨/٢٩٤ : إذا كان هناك وجه لفسخ البيع ، فعلى البائع رد الثمن الذى قبضه مع رسوم العقد والمصاريف التى صرفها المشترى بموافقة القانون .

م ٣٦٩/٢٩٥ : وضع المشترى يده على المبيع مع علمه بالغلط الواقع فيه يسقط حقه فى اختيار فسخ البيع ، إلا إذا حفظ حقوقه قبل وضع يده حفظاً صريحاً .

م ٣٧٠/٢٩٦ : حق المشترى فى فسخ البيع أو فى تنقيص الثمن ، كذلك حق البائع فى طلب تكميل الثمن ، يسقطان بالسكوت عليهما سنة واحدة من تاريخ العقد . (ملاحظة : كان هناك شك فيما إذا كانت هذه المدة مدة سقوط أو مدة تقادم ، فحسم التقنين الجديد الخلاف بالنص صراحة على أن المدة مدة تقادم) .

وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى شأن نصوص التقنين المدنى السابق ما يأتى: «يتصل بتحديد المبيع أن يكون البائع قد ضمن للمشترى قدراً معيناً منه ، كما إذا كان المبيع قطعة أرض وبيعت على أنها كذا متراً أو كذا فدانا ، إذا كان المبيع بوجه عام شيئاً مما يعد أو يوزن أو يقاس أو يكال . وقد تضمن التقنين الحالى (السابق) نصوصاً كثيرة فى هذا الموضوع .. وهى نصوص مأخوذة من الشريعة الإسلامية (مرشد الحيران م ٤٤٨ - ٤٥٣ - المجلة م ٢٢١ - ٢٢٩) وتميز فى الأشياء التى يقوم بعضها مقام بعض بين ما لا يضره التبعيض وما يضره . ففى الحالة الأولى ، إذا تعين مقدار المبيع مع تعيين الثمن بسعر الوحدة ، فالزيادة للبائع ، لأن المبيع لا يضره التبعيض ولم تدخل فيه الزيادة. وإذا نقص المبيع ، فللمشترى أن يفسخ البيع أو يبقيه مع إنقاص الثمن، ولا يجوز الفسخ إلا إذا كان النقص أكثر من واحد على عشرين . ولم تعرض النصوص لحالة ما إذا تعين الثمن جملة واحدة ، ولكن الظاهر أن هذه الأحكام نفسها هى التى تنطبق . أما إذا كان المبيع يضره التبعيض ، وتعين ثمنه بسعر الوحدة ، فان زاد أو نقص ، كان المشترى بالخيار بين الفسخ (إذا كانت الزيادة أو النقص أكثر من واحد على عشرين) أو إبقاء البيع مع دفع الثمن بنسبة القدر الحقيقى، لأن تجزئة المبيع فى هذا الفرض لا تجوز إذ التبعيض يضر . فاذا تعين الثمن جملة واحدة ، وزاد المبيع أو نقص ، فللمشترى الخيار بين الفسخ إذا كان النقص أكثر من واحد على عشرين ، أو إبقاء المبيع بالثمن المتفق عليه ، ولا يزيد الثمن أو ينقص هنا . ويعللون ذلك بأن المبيع لا يقبل التبعيض وقد بيع بثمن مسمى جملة واحدة ، فبيان مقدار المبيع فى مثل هذه الظروف يكون على سبيل الوصف ، والوصف لا يقابله شئ من الثمن. وإنما أعطى للمشترى حق الفسخ فى صورة النقص ولم يعط للبائع هذا الحق فى صورة الزيادة ، لأن المبيع كان فى يد البائع لا فى يد المشترى، وإذا عذر المشترى الذى يجهل حالة شئ لم يكن فى يده، فلا عذر للبائع فى أمر كانت الحيطة تقضى عليه فيه أن يتبين قدر ما يبيع قبل الإقدام على بيعه - ولم ير المشروع أن يورد كل هذه التفصيلات ، وبعضها يكفى فى استخلاصه القواعد العامة ، وبعضها ينطوى على شئ من التحكم ويحسن تركه للظروف واتفاق المتعاقدين . فاقتصر على نص يعتبر تلخيصاً لما تقدم من الأحكام ، وهو منقول عن التقنين البولونى والمشروع الفرنسى الإيطالى . ويقضى هذا النص بأن البائع يضمن للمشترى القدر الذى عينه للمبيع حسب ما يقضى به العرف، وقد يقضى بالمجاوزة عن قدر مسموح به زيادة أو نقصاً . ومعنى الضمان أن المبيع إذا نقص عن القدر المعين ، كان للمشترى أن يفسخ إذا كان النقص جسيماً .. (ولا يشترط أن يكون النقص واحداً على عشرين) ، أو أن ينقص =

وتقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى: فى التقنين المدنى السورى المادتين ٤٠١- ٤٠٢- وفى التقنين المدنى الليبى المادتين ٤٢٢-٤٢٤- وفى التقنين المدنى العراقى المواد ٥٤٣-٥٤٦- وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المواد ٤٢٢-٤٢٧(١) .

= الثمن بقدر ما أصابه من الضرر (وليس من الضرورى أن يكون أنقاص الثمن بنسبة ما نقص من المبيع، فقد يكون الضرر أكثر أو أقل من ذلك) . ولا فرق فى حالة نقص المبيع بين ما إذا كان المبيع يضره التبعيض أو لا يضره، وبين ما إذا كان الثمن محدداً بسعر الوحدة أو مقدراً جملة واحدة . أما إذا زاد المبيع، وكان الثمن مقدراً جملة واحدة، فالغالب أن المتعاقدين قصدا أن يكون المبيع بهذا الثمن ولو زاد على المقدار المعين - وهذا يتفق مع ما سبق ذكره من أن الوصف لا يقابله شئ من الثمن - لذلك يبقى البيع ولا يطالب المشترى بزيادة الثمن ، إلا إذا كان هناك اتفاق على غير ذلك ، فاذا عين الثمن بسعر الوحدة ، فلا تمييز بين ما يضره التبعيض وبين ما لا يضره ، بل يكمل المشترى الثمن فى الحالتين بقدر زيادة المبيع ، فان كانت جسيمة جاز له أن يطلب فسخ العقد . وغنى عن البيان أن هذه الأحكام كلها ليست إلا تطبيقاً للقواعد العامة وتفسيراً لنية المتعاقدين ، ولا تعتبر من النظام العام، فهى تطبق ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيرها» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٥٩ - ص ٥١) . ويلاحظ أنه أدخل على نصوص المشروع تعديل فى لجنة الشيوخ كما سبق القول ، يقضى بأنه فى حالة الزيادة ، إذا كان الثمن معيناً بسعر الوحدة، وجب التمييز بين ما إذا كان المبيع يضره التبعيض أو لا يضره ، وقد أورد النص الحكم فى حالة ما إذا كان المبيع يضره التبعيض ، وسكت عن حالة ما إذا كان المبيع لا يضره التبعيض ، ويبدو أن الزيادة فى هذه الحالة تكون للبائع كما سيأتى .

ثم جاء فى مكان آخر من المذكرة الإيضاحية فى خصوص المادتين ٣٦٨/٢٩٤ و ٣٦٩/٢٩٥: «ولم ير المشروع محلا للكلام فى أثر الفسخ (م ٣٦٨/٢٩٤) فهو خاضع للقواعد العامة ، ولا للنص على أن وضع المشترى يده على المبيع مع علمه بالغلط الواقع فيه يسقط حقه فى اختيار فسخ البيع إلا إذا حفظ حقوقه قبل وضع يده حفظاً صريحاً (م ٣٩٦/٢٩٥) ، فإن هذا الحكم ظاهر لا حاجة للنص عليه، بل إن حق المشترى فى طلب إنقاص الثمن - لا الفسخ وحده - يسقط إذا دلت الظروف على أن المشترى قد تنازل عنه (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٦٥).

هذا وقد أخذت نصوص التقنين المدنى السابق - كما جاء فى المذكرة الإيضاحية - من مجموع أحكام الفقه الاسلامى (أنظر فى أحكام الفقه مصادر الحق فى الفقه الإسلامى للمؤلف جزء ٣ ص ٧٦ - ص ٧٩ - وانظر فى تفسير هذه النصوص الأستاذين أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ٣٢٠ - ٣٢٤).

(١) **التقنينات المدنية العربية الأخرى :**

التقنين المدنى السورى م ٤٠١ - ٤٠٢ (مطابقتان للمادتين ٤٣٣ - ٤٤٣ من التقنين المدنى المصرى - انظر فى القانون المدنى السورى الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ١٠٦ - فقرة ١١٣)

التقنين المدنى الليبى م ٤٢٢ - ٤٢٣ (مطابقتان للمادتين ٤٣٣ - ٤٣٤ م التقنين المدنى المصرى).

التقنين المدنى العراقى م ٥٤٣ : إذا بيعت جملة من المكيلات أو جملة من الموزونات أو المذروعات التى ليس فى تبعيضها ضرر أو العدديات المتفاوتة مع بيان قدرها ، وسمى ثمنها جملة أو بسعر الوحدة، ثم وجد المبيع عند التسليم ناقصاً ، كان المشترى مخيراً إن شاء فسخ البيع وإن شاء أخذ =

وتعـرض هـذه النصـوص لفرض ما إذا كان المبيع شيئاً معيناً بالذات ، وقد عين

=المقدار الموجود بحصته من الثمن . وإذا ظهر المبيع زائداً ، فالزيادة للبائع .

م ٥٤٤ : ١ – إذا بيعت جملة من الموزونات أو المذروعات التى فى تبعيضها ضرر أو من العدديات المتفاوتة مع بيان قدرها ، وسمى ثمنها جملة ، ثم وجد المبيع عند التسليم ناقصا، فللمشترى فسخ البيع وأخذ المبيع بكل الثمن ، إلا إذ اتفق مع البائع وقت التعاقد على أخذ المقدار الموجود بحصته من الثمن .

٢ – إذا وجد المبيع زائداً ، فالزيادة للمشترى، على أنه يجوز الاتفاق وقت التعاقد على أن يعطى البائع عوضاً فى مقابل الزيادة .

م ٥٤٥ : إذ بيعت جملة من الموزونات أو المذروعات التى فى تبعيضها ضرر أو من العدديات المتفاوتة مع بيان قدرها ، وسمى ثمنها بسعر الوحدة ، ثم وجد المبيع زائداً أو ناقصا عند التسليم ، فللمشترى فسخ البيع أو أخذ المبيع بحصته من الثمن .

م ٥٤٦ : ١ – فى الأحوال المنصوص عليها فى المواد الثلاث السابقة لا يكون للمشترى الحق فى الفسخ ، ولا يكون للبائع حق فيما يظهر من زيادة فى المبيع إلا إذا كان النقص أو الزيادة قد جاوز خمسة فى المائة من القدر المحدد للشئ المبيع .

٢ – وعلى كل حال لا تسمع دعوى المشترى أو البائع بمقتضى المواد الثلاث السابقة بعد انقضاء ثلاثة أشهر من وقت تسليم المبيع للمشترى تسليما فعليا .

(تتفق هذه الأحكام مع أحكام التقنين المدنى المصرى فيما عدا أمرين : (١) تحديد الزيادة أو النقص فى التقنين العراقى بخمسة فى المائة . (٢) تحديد مدة عدم سماع الدعوى فى التقنين العراقى بثلاثة أشهر ،. وفى التقنين المصرى مدة التقادم سنة . انظر فى القانون المدنى العراقى الأستاذ حسن الذنون فقرة ١٧١ – فقرة ١٧٧ – الأستاذ عباس الصراف فقرة ٣٩٦ – فقرة ٤٠٢).

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٤٢٢ : إن البائع ملزم بتسليم محتوى المبيع كما نص عليه فى العقد، مع مراعاة التعديلات الآتى بيانها .

م ٤٢٣ : إذا بيع عقار مع تعيين محتواه وسعر الوحدة القياسية، وجب على البائع أن يسلم المشترى، عند تشبثه ، الكمية المعينة فى العقد ، وإذا لم يتمكن من ذلك أو يتشبث به المشترى، تحتم على البائع قبول تخفيض نسبى فى الثمن . أما إذا وجد المحتوى زائداً عما هو معين فى العقد، وكانت الزيادة جزءاً من عشرين على المحتوى المعين ، فللمشترى أن يختار إما أداء الزيادة فى الثمن وإما الرجوع فى العقد .

م ٤٢٤ : إذا كان عقد الشراء ، فى الأحوال المعينة فى المادة السابقة ، يقضى بالرجوع إلى مدرجات خرائط المساحة ، فلا وجه لرفع الثمن أو خفضه إلا إذا كان الفرق المتحقق بعد القياس يتجاوز القدر المتسامح به .

م ٤٢٥ : إذا عقد البيع على عين معينة محددة أو على عقارات متميزة مستقلة ، سواء بدئ بتعيين القياس أو بتعيين المبيع ثم القياس بعده ، فإن بيان القياس لا يخول البائع حق استزادة الثمن إذا وجد القياس زائداً ، ولا المشترى حق تخفيضه إذا وجد ناقصاً. =

مقداره فى عقد البيع (١)(1) ، فأصبح البائع ضامناً للمشترى هذا المقدار المعين. مثل ذلك أن يكون المبيع أرض بناء معينة فذكر فى العقد أن مساحتها ألف متر، أو أرضاً زراعية معينة فذكر أن مساحتها خمسون فدانا(2)، أو شيئاً معينا مما يعد أو يوزن أو يكال أو يقاس فبيع جزافاً وذكر أن مقداره عشرون عداً أو رطلا أو أردباً أو ذراعاً . وفى هذه الأحوال إذا كان المبيع يشتمل على المقدار المعين ، لا أقل ولا أكثر ، فالعقد ماض بما ورد فيه ، ولا يرجع أحد المتباعين على الآخر بشئ . لكن قد يقع أن يكون مقدار المبيع أقل من المقدار المعين فى العقد، وقد يقع أن يكون أكثر ، فتنشأ عن ذلك دعوى يرجع بها أحد المتبايعين على الآخر . فنبحث إذن : (١) حالة نقص المبيع ، (٢) وحالةزيادة المبيع ، (٣) والدعاوى التى تنشأ من هذا النقص أو الزيادة .

٢٩٨– حالة نقص المبيع: إذا وجد بالبيع نقص، وكان هناك اتفاق خاص بين المتبايعين فى خصوص هذه الحالة، وجب إعمال الاتفاق. فاذا لم يوجد اتفاق، وجب العمل بالعرف الجارى فى التعامل، وقد يكون النقص مما جرى العرف بالتسامح فيه وعندئذ

= م ٤٢٦ : وفى جميع الأحوال التى يستعمل فيها المشترى حق الرجوع عن العقد يجب على البائع أن يرد إليه الثمن إذا كان قد قبضه ونفقات العقد أيضاً .

م ٤٢٧ : إن دعوى البائع لاستزادة الثمن ودعوى الشارى لتخفيضه أو لفسخ العقد يجب أن تقاما فى خلال سنة من يوم التعاقد ، وإلاسقط الحق فى إقامتهما .

(ونصوص التقنين اللبنانى مأخوذة من نصوص التقنين الفرنسى المواد ١٦١٦ – ١٦٢٣)

(١) أما إذا لم يعين مقداره ، ثم ظهر أقل مما يعتقد المشترى أو أكثر مما يعتقده البائع ، فلا يطعن فى العقد إلا بالغلط إذا توافرت شروطه (الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٧٥ ص ١٣٢).

(1) تطبيق المادة ٤٣٤ من القانون المدنى فى حالة الادعاء بوجود عجز فى المبيع محله أن يكون البيع على عين معينة مفرزة ذات مقاس أو قدر معين ولم يقم البائع بالتسليم على النحو الذى التزم به بأن سلم المبيع أقل قدرا ما هو متفق عليه .

(جلسة ١٩٦٦/٢/١ الطعن ٣٧٧ لسنة ٣٠ ق س ١٧ ص ٢٠٥)

(2) أ – لا يجوز للمشترى لقدر مفرز فى العقار الشائع أن يطالب بالتسليم فورا لأن البائع له – الشريك على الشيوع – لم يكن يملك وضع يده على حصته مفرزة قبل حصول القسمة إلا برضاء باقى الشركاء جميعا، ولا يمكن أن يكون للمشترى حقوق أكثر مما كان لسلفه ، هذا إلى ما يترتب على القضاء بالتسليم فى هذه الحالة من افراز ، لجزء من المال الشائع بغير الطريق الذى رسمه القانون .

(جلسة ١٩٧٤/١٢/٣ الطعن ٣٤١ لسنة ٣٩ ق س ٢٥ ص ١٣٢٤) =

لا يرجع المشترى على البائع بشئ من أجل هذا النقص [١][1] . فإذا كان النقص محسوساً لا يتسامح فيه ، كان للمشترى أن يرجع على البائع بتعويض بسبب هذا النقص . وقد يكون هذا التعويض إنقاصاً للثمن بنسبة ما نقص من مقدار المبيع ، ولكن هذا لا يتحتم فالتعويض بقدر الضرر ، وقد يصيب المشترى ضرر أكبر من ذلك أو أقل فيتقاضى تعويضاً بقدر ما أصابه من الضرر . فإذا كان النقص جسيما بحيث لو كان يعلمه المشترى لما رضى أن يتعاقد، جاز له أن يطلب فسخ العقد .

ويلاحظ أن المشرع، عندما جعل جزاء النقص فى مقدار المبيع دعوى أنقاص الثمن أو دعوى الفسخ، لم يميز بين ما إذا كان المبيع قابلا للتبعيض أو غير قابل له وبين ما إذا كان الثمن قد قدر بسعر الوحدة أو قدر جملة واحدة، ففى جميع هذه الفروض يكون

= ب – لئن كانت ملكية العقار المبيع لا تنتقل إلى المشترى قبل تسجيل البيع الا أن البائع يلتزم بتسليم المبيع إلى المشترى ولو لم يسجل العقد ، وبذلك تكون للمشترى ثمرة المبيع من تاريخ إبرام البيع ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك .

(جلسة ١٩٦٩/١/٢٣ الطعن ٥٣٢ لسنة ٣٤ ق س ٢٠ ص ١٥٠)

(جلسة ١٩٧٦/٢/١٧ الطعن ١٩ لسنة ٤٢ ق س ٢٧ ص ٤٥٣)

(جلسة ١٩٨٤/٥/٣ الطعن ١٨٣٩ لسنة ٤٩ ق س ٣٤ ص ١١١٦)

(١) استئناف مختلط ١٩ ديسمبر سنة ١٩٠١ م ١٤ ص ٥٩ – ٥ أبريل سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١٩٦ – وفى بيع المحصول إذا قدر برقم معين ونقص عن هذا الرقم ، لم يكن البائع مسئولا عن هذا النقص إذا هو أثبت أنه بذل العناية المألوفة فى الزراعة (استئناف مختلط ٢٨ يناير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٠٨). فإذا طرأ طارئ ، كنقص فى مياه الرى أو فيضان ، وجب عليه اخطار المشترى حتى يتمكن هذا من المعاينة والتحوط بقدر الإمكان ، وإلا كان البائع مسئولا (استئناف مختلط أول مارس سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١٣٨ – ٣ مارس سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٢١١ – ١٢ يناير ١٩١١ م ٢٣ ص ١١١ – ١٣ يونيه سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٤٠٧ – ١٤ مايو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٧٦– أول ديسمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ٦٠ – ٢٧ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٩٢ – ١٨ فبراير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٩٢ – ٢١ مارس سنة ١٩٣٤ م ٩٦ ص ٢١٩ – ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٤٨ – ١٧ ديسمبر سنة ١٩٤٥ م ٥٨ ص ١٦) . ويجب ان يكون البيع واقعاً على محصول الأرض لا على كمية معينة (استئناف مختلط ١٠ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٥٩). وقد يشترط البائع عدم ضمان العجز فلا يضمن (استئناف مختلط ١٤ فبراير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١١٢) . وقد يشترط المشترى على البائع ضمان العجز فيضمن (استئناف مختلط ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٤٨ – ٢٣ مارس سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٩١) . وقد يكون تحديد الكمية فى ظروف تمكن البائع من التثبت من مقدار المحصول على وجه الدقة فيتقيد بهذه الكمية (استئناف مختلط ١٩ يناير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١٢٤).

(1) إذا كانت محكمة الموضوع قد قامت بفحص العينة وأجرت مقارنة بينها وبين البضاعة المبيعة فأسفر بحثها عن مطابقة البضاعة للعينة فى خصائصها التى رأت أن المتعاقدين قصداها ، فليس من =

للمشترى دعوى إنقاص الثمن أو دعوى فسخ البيع [1] . وقد كان التقنين المدنى السابق يميز بين ما إذا كان المبيع قابلا للتبعيض أو غير قابل له . ففى حالة ما إذا كان المبيع قابلا للتبعيض يكون للمشترى دعوى إنقاص الثمن أو دعوى الفسخ (م ٣٦٤/٢٩١ مدنى سابق) ، سواء قدر الثمن بسعر الوحدة أو قدر جملة واحدة . وفى هذا يتفق أحكام التقنين السابق مع أحكام التقنين الجديد ، غير أن التقنين السابق كان يحتم إنقاص الثمن بنسبة النقص فى مقدار المبيع (م ٣٦٥/٢٩١ مدنى سابق) ، وكان لا يجعل للمشترى دعوى الفسخ إلا إذا كان النقص فى مقدار المبيع يزيد على ١/٢٠ (م ٣٦٧/٢٩٣ مدنى سابق) . وفى حالة ما إذا كان المبيع غير قابل للتبعيض ، وكان الثمن قدر بسعر الوحدة ، كان للمشترى دعوى إنقاص الثمن أو دعوى الفسخ على النحو المتقدم (م٣٦٦/٢٩٢) مدنى سابق . إما إذا كان الثمن قدر جملة واحدة والمبيع غير قابل التبعيض ، فلم يكن للمشترى إلا دعوى للفسخ إذا كان النقص يزيد على ١/٢٠، أو إبقاء البيع بكل الثمن المتفق عليه م ٣٦٦/٢٩٢) مدني سابق) ، فلم يكن يجيز إنقاص الثمن على خلاف حكم التقنين الجديد [١] . وذلك أن التقنين السابق كان يعتبر القدر فى المبيع إذا بيع بثمن مقدر جملة واحدة وصفاً لا أصلا ، والوصف لا يقابله شئ من الثمن ، فاذا نقص القدر لم ينقص الثمن.

٢٩٩ – حالة زيادة المبيع : وإذا وجد بالمبيع زيادة ، وكان هناك اتفاق خاص بين المتبايعين فى خصوص هذه الحالة ، وجب العمل بهذا الاتفاق . فاذا لم يوجد اتفاق ،

= استظهارها فى هذا المقام وجود اختلاف طفيف بين العينة والبضاعة مما ينبفى المطابقة طالما أنها قد انتهت بما لها من سلطة التقدير فى هذا الصدد إلى عدم الاعتداد بهذه الفروق باعتبارها فروقاً لا يؤبه لها ولا يؤثر وجودها على اعتبار البضاعة مطابقة للعينة .

(جلسة ١٩٥٩/١١/١٢ الطعن ١٦٩ لسنة ٢٥ ق س ١٠ ص ٦٥٩)

(1) أ – مؤدى نص الفقرة الأولى من المادة ٤٣٣ من القانون المدنى أن البائع يضمن للمشترى القدر الذى تعين للمبيع بالعقد ، وذلك دون تمييز بين ما إذا كان الثمن قد قدر بالعقد بسعر الوحدة أو تعين به جملة واحدة ، بل جعل المشرع للمشترى الحق فى هذا الضمان إذا وجد عجزا فى المبيع بطلب انقاص الثمن أو فسخ البيع بحسب الاحوال طالما أن مقدار المبيع قد تعين فى العقد .

(جلسة ١٩٧٠/١١/٣ مجموعة أحكام النقض السنة ٢١ ص ١١٠٥)

ب – متى كان النزاع قد دار بين الطرفين امام محكمة الموضوع على أمر واحد هو مقدار كمية الحديد التى تم التعاقد عليها ولم يتمسك المشترى صراحة لدى تلك المحكمة بالمطالبة بقيمة العجز الذى يدعيه فإنه لا يكون هناك محل لآثارة الجدل بشأنه امام محكمة النقض .

(جلسة ١٩٥٧/٤/١٦ الطعن ٢٣١ لسنة ٢٣ ق س ٨ ص ٤٧٩)

(١) فإذا أبرم العقد قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ سرى التقنين السابق ، وإلا فيسرى التقنين الجديد.

وجب العمل بالعرف . فان لم يوجد لا اتفاق ولا عرف ، وجب التمييز بين ما إذا كان الثمن مقدراً بحساب الوحدة (١) أو مقدراً جملة واحدة .

فاذا كان الثمن مقدراً بحساب الوحدة وكان المبيع قابلا للتبعيض (1)، فالزيادة للبائع. ذلك أن الزيادة لم تدخل فى البيع ، والمبيع لا يضره التبعيض (٢). وقد كان هذا هو الحكم أيضاً فى التقنين المدنى السابق (م ٣٦٥/٢٩١ مدنى سابق).

وإذا كان الثمن مقدراً بحساب الوحدة وكان المبيع غير قابل للتبعيض، فالنص صريح فى أنه يجب على المشترى أن يكمل الثمن، إلا إذا كانت الزيادة جسيمة فيجوز له أن يطلب فسخ العقد (م ٢/٤٣٣ مدنى). ذلك أن القدر فى المبيع، وإن كان المبيع غير قابل للتبعيض، يعتبر أصلا لا وصفا ما دام الثمن قد قدر بحساب الوحدة، والأصل مقابل بالثمن . فإذا زاد المبيع وجب على المشترى تكملة الثمن بما يناسب الزيادة، وكان للبائع حق الرجوع على المشترى بدعوى تكملة الثمن على هذا النحو . لكن قد تكون الزيادة

(١) ويكون الثمن مقدراً بحساب الوحدة ولو ذكر فى العقد إلى جانب سعر الوحدة مجموع الثمن، فالمجموع فى هذه الحالة لا يعدو أن يكون عملية حسابية هى حاصل ضرب سعر الوحدة فى مجموع الوحدات (استئناف مختلط ٣ ديسمبر سنة ١٩٠٣ م ١٦ ص ٢٠ – الأستاذان أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ٣٢٣ – الأستاذ عبدالمنعم البدراوى ص ٣٩٦ هامش ١ – الأستاذ منصور مصطفى منصور . ص ١٣٤ هامش ٢) .

(٢) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع للتمهيدى، فهى تجعل قدر المبيع وصفاً لا أصلا– فلا يقابله شئ من الثمن – إذا كان الثمن قد قدر جملة واحدة ، دون تمييز بين ما إذا كان المبيع قابلا للتبعيض أو غير قابل له. ويترتب على ذلك أن تكون الزيادة للبائع إذا كان الثمن مقدراً بحساب الوحدة، وتكون للمشترى إذا كان الثمن مقدراً جملة واحدة (مجموعة الأعمال التحضيرية٤ ص٦١) .

(1) أ – آذا كان البيع ، انصب على قدر معين وتم سعر الوحدة وكان المبيع قابلا للتبعيض لأن ضرر – كما هو الحال بالنسبة للفحم الكوك موضوع التداعى – فان ما يستولى عليه المشترى زيادة على القدر المبيع لا يشمله عقد البيع ولا يجبر البائع على بيعه بنفس السعر. ومن ثم لا تعتبر المطالبة بقيمة القدر المستولى عليه بغير حق زائداً عن القدر المبيع مطالبة بتكملة الثمن ولا يسرى فى شأنها التقادم الحولى المنصوص عليه فى المادة ٤٣٤ من القانون المدنى .

(جلسة ١٩٧٨/١١/٢٧ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٩ ص ١٧٧٧)

ب – النص فى عقد البيع على أن مساحة الأرض المبيعة المحددة فى العقد وما يقابلها من ثمن تحت العجز والزيادة حسب ما تظهره بيانات المساحة من عجز أو زيادة فيما بعد تتم المحاسبة وفقا للسعر المتفق عليه وقت التعاقد تحديد ثمن القدر الزائد فى الاطيان المبيعة وما إذا كان بالسعر المتفق عليه وقت التعاقد أو بالسعر فى وقت رفع الدعوى مسألة قانونية يفصل فيها قاضى الموضوع وليس خبير الدعوى .

(جلسة ١٩٩٦/١١/٢١ الطعن ٩٦٠ لسنة ٦٠ ق)

جسيمة بحيث تكون تكملة الثمن المناسبة لهذه الزيادة من شأنها أن تجعل المشترى يزهد فى المبيع ويود لو أنه لم يتعاقد ، ففى هذه الحالة يجوز للمشترى أن يطلب فسخ البيع، فلا يعود ملزماً بتكملة الثمن . وقد كان هذا هو الحكم أيضاً فى التقنين المدنى السابق، فكان المشترى بالخيار بين تكملة الثمن أو فسخ البيع ، إلا أنه كان لا يجوز له طلب الفسخ إلا إذا كانت الزيادة فى المبيع أكثر من ١/٢٠ (م ٣٦٦/٢٩٢ مدنى سابق) .

وإذا كان الثمن مقدراً جملة واحدة ، فسواء كان المبيع قابلا للتبعيض أو غير قابل له، فالظاهر ، بالرغم من سكوت النص ، أن قدر المبيع فى هذه الحالة يعتبر وصفاً لا أصلا على النحو الذى أشرنا إليه فيما تقدم ، والوصف لا يقابله شئ من الثمن . ومن ثم يكون للمشترى أن يأخذ المبيع بالثمن المتفق عليه ، ولا يدفع شيئاً للبائع فى مقابل الزيادة، ويؤيد ذلك ما جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى من أنه «إذا زاد المبيع ، وكان الثمن مقدراً جملة واحدة ، فالغالب أن المتعاقدين قصداً أن يكون المبيع بهذا الثمن ولو زاد على القدر المعين – وهذا يتفق مع ما سبق ذكره من أن الوصف لا يقابله شئ من الثمن – ولذلك يبقى البيع ، ولا يطالب المشترى بزيادة فى الثمن ، إلا إذا كان هناك اتفاق على غير ذلك» (١) وقد كان هذا هو الحكم أيضاً فى التقنين المدنى السابق (م ٣٦٦/٢٩٢ مدنى سابق) .

٣٠٠ – تقادم الدعاوى التى تنشأ عن نقص المبيع أو زيادته : ويخلص مما قدمناه أنه ينشأ عن نقص المبيع أو زيادته دعاوى ثلاث : (١) دعوى إنقاص الثمن، تكون للمشترى إذا كان هناك نقص فى المبيع على النحو الذى قدمناه . (٢) دعوى فسخ البيع ، تكون للمشترى أيضاً إذا كان هناك نقص جسيم فى المبيع ، أو كانت هناك زيادة وكان لا يقبل التبعيض وقد قدر الثمن بحساب الوحدة . (٣) دعوى تكملة الثمن ، تكون للبائع إذا كانت هناك زيادة فى المبيع وكان لا يقبل التبعيض وقد قدر الثمن بحساب الوحدة(1).

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٦١ – ويبرر هذا الحكم أن المبيع كان فى يد البائع وكان فى وسعه أن يعرف مقداره . فاذا قصر فى ذلك ، وباعه بثمن مقدر جملة واحدة ، فليس له أن يحتج بتقصيره بل دل ذلك على أنه ارتضى هذا الثمن فى كل المبيع .

(1) تطبيق المادة ٤٣٣ من القانون المدنى بشأن مسئولية المشترى عن تكملة الثمن إذا تبين أن القدر الذى يشتمل عليه المبيع يزيد على ما ذكر فى العقد والمادة ٤٣٤ منه بشأن تقادم حق البائع فى طلب تكملة الثمن بانقضاء سنة من وقت تسليم المبيع تسليما فعليا ، انما يكون وفقا لما صرحت به المادة ٤٣٣ فى صدرها فى حالة ما اذا كان مقدار المبيع قد عين فى العقد ، أما إذا لم يتعين مقداره أو كان بينا به على وجه التقريب فان دعوى البائع لا تتقادم بسنه بل تتقادم بخمس عشرة سنة ، ولما كان يبين من الحكم المطعون فيه أنه استبعد تطبيق التقادم الحولي على دعوى الشركة والبائعة – بمطالبة الطاعنين – من ورثة المشترى – بثمن الارض الزائدة بعد أن خلص إلى مقدار المبيع لم يعين فى العقد واستدل الحكم على ذلك بالعبارة التى وردت فى اقرار المورث من أن الأرض التى =

وقد راعى المشرع فى هذه الدعاوى الثلاث وجوب استقرار التعامل، فيجعلها كلها تتقادم بمدة قصيرة هى سنة واحدة (م ٤٣٤ مدنى) ، حتى لا يبقى البائع [١] مهددا مدة طويلة برجوع المشترى عليه بانقاص الثمن أو بفسخ البيع ، وحتى لا يبقى المشترى كذلك مهدداً مدة طويلة برجوع البائع عليه بتكملة الثمن [٢] .

=اشتراها من الشركة وقدرها ١٥ ف (تحت المساحة) وبما جاء فى البند الأول من عقد البيع من ان الحد الغربى للأرض المبيعة هو باقى تلك الشركة ، فان هذا الذى أورده الحكم يتفق مع صحيح القانون ويقوم على أسباب سائغة تكفى لحمله.

(جلسة ١٩٧٥/١٢/٣٠ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٦ ص ١٧٢٧)

(١) والبائع هو المسئول ولو كان قبل البيع شريكاً فى الشيوع ثم أفرز نصيبه وباعه مفرزاً ، فان الشريك الآخر لا شأن له بالعجز الذى يظهر فى المبيع . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كانت حالة الشيوع بين الشريكين قد زالت بقسمة الأرض بينهما ، وأصبح كل منهما وقت أن تصرف فى حصته مالكاً لها ملكاً مفرزاً محدداً ، فان أيهما لا يضمن فى هذه الحالة إلا المساحة التى يبيعها على التحديد فى عقد البيع ، ولا شأن للآخر بأى عجز يظهر فى المبيع . وذلك لأن تحميل كل منها نصيباً من العجز لا يكون إلا مع بقاء حالة الشيوع بينهما ، أما بعد القسمة فان كلا منهما يتحمل العجز الذى وقع فى الحصة التى اختص بها (نقض مدنى ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٣ رقم ٩ ص ٧٢) .

(٢) ويسرى هذا التقادم حتى لو كان البيع بالمزاد الجبرى (استئناف مختلط ١٢ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٢٣ – ١٢ أبريل سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٣٠٠ – ٣ أبريل سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٣٣٥) – هذا ولا تسرى مدة التقادم هذه إلا لعجز أو زيادة فى مقدار المبيع الذى تعين فى العقد . أما إذا كانت الدعوى متعلقة بطلب المشترى لقطعة أرض أخرى يدعى أن البيع يتناولها ضمن المبيع ، أو بطلب البائع استبعاد قطعة أرض يدعى أن البيع لا يتناولها ، أو كان البيع يتناول قطعاً مختلفة من الأرض وتبين أن قطعة منها لا يملكها البائع فرفع المشترى دعوى الضمان ، أو كان الثمن مقدراً تقديراً وقتياً على أن يقدر نهائياً بعد تقرير المبيع – ففى جميع هذه الأحوال لا تتقادم الدعوى – وهى ليست دعوى عجز أو زيادة – بسنة بل تتقادم بخمس عشرة سنة وهى المدة العادية للتقادم (استئناف وطنى ٣٠ أبريل سنة ١٩٢٣ المحاماة ٤ رقم ٢٤ ص ٣١ – ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٠٧ م ٢٠ ص ٤١ – ٢٤ نوفمبر سنة ١٩١٠ م ٢٣ ص ٤٧ – ١٨ أبريل سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٩٥ – ١١ فبراير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٦٨ – ٨ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ١٣٥ – ١٥ أبريل سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٨٩ – ١٥ فبراير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٥٣ – ٩ مايو سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٣٨٦ – ٢٤ أبريل سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٣٩٢ ١٤ ديسمبر سنة ١٩٢٥ من ٤٩ ص ٨٠ – ٤ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٦٠ – ٧ فبراير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٦٤ – ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٣٧ – أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٤ ص ٥٩ – الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢١٢ – الأستاذ محمد على امام فقرة ١٩٠ ص ٣٢٠ – ص ٣٢١ وص ٣٢٤ – الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ١٣٩ ص ٢٤٩ – ص ٢٥٠ – الأستاذ عبدالمنعم البدراوى فقرة ٢٥٧ وفقرة ٢٥٩ – الأستاذ جميل الشرقاوى فقرة ٦٠ ص ٢٠٥) . ولا تسرى مدة السنة على الدعوى المبنية على تعهد خصوص حصل بعد عقد البيع الأصلى وتعهد فيه المشترى بدفع ثمن الزيادة التى تظهر=

ويبدأ سريان التقادم من وقت تسليم المبيع تسليما فعلياً ، ففي هذا الوقت يستطيع المشترى أن يتبين ما إذا كان البيع فيه نقص يوجب إنقاص الثمن أو فسخ البيع ، أو فيه زيادة توجب عليه تكملة الثمن فيبادر إلى طلب الفسخ حتى يتوقى دفع هذه التكملة . ومن ثم اشترط القانون بأن يكون التسليم تسليما فعلياً ، إذ التسليم الفعلى وحده دون التسليم الحكمى هو الذى يهيئ أسباب العلم بما تقدم . وانفسح المجال للبائع نفسه إلى وقت تسليمه المبيع للمشترى تسليماً فعلياً ، فلا يسرى تقادم دعواه بتكملة الثمن إلا من هذا الوقت، لأنه يتبين عادة فى هذا الوقت ما إذا كان بالبيع زيادة تجعل له الحق فى طلب تكملة الثمن [١].

وقد كان التقنين المدنى السابق هو أيضاً يجعل مدة التقادم لهذه الدعاوى الثلاث سنة واحدة [٢]، ولكنه كان يجعل السنة تسرى من وقت البيع (م٢٩٦/٣٧٠ مدنى

=فى مساحة الأطيان المبيعة (استئناف وطنى ١٨ أبريل سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ٩٧ ص ١٩٣) .

ولا يجوز الاتفاق على زيادة السنة أو على إنقاصها ، لأن المادة ٣٨٨ مدنى قد قضت بأنه لا يجوز الاتفاق على أن يتم التقادم فى مدة تختلف على المدة التى عينها القانون (الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢١٣ – الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ١٣٩ ص ٢٥٠ – قارن الأستاذ عبدالمنعم البدراوى فقرة ٢٥٨) . وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن اتفاق الخصوم على ميعاد للمطالبة بقيمة العجز فى المبيع أو الزيادة فيه لا يمكن أن يترتب عليه تغيير فى المدة المقررة لسقوط هذا الحق، وإنما يترتب عليه فقط عدم سريان مدة السنة إلا من تاريخ الميعاد المتفق عليه (استئناف وطنى ٢٤ أبريل سنة ١٩٠٠ المجموعة الرسمية ١ ص ٣٢٥) . ولكن يجوز أن يسقط حق المشترى فى الرجوع على البائع بسبب عجز المقدار قبل انقضاء السنة ، إذا وضع يده على المبيع وهو عالم بالعجز مما يفهم منه أنه نزولا ضمنياً عن حقه (انظر م ٢٩٦/٢١٥ مدنى سابق وقد تقدم ذكرها آنفاً فقرة ٢٩٧ فى الهامش – الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢١٥ – الأستاذ محمد على أمام فقرة ١٩٠ ص ٣٢٤ – الأستاذ جميل الشرقاوى ص ٢٠٠ هامش ١).

ويجوز إبداء الدفع بسقوط الدعوى بالتقادم لانقضاء سنة فى أية حالة كانت عليها الدعوى، ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف (استئناف وطنى ٢٠ نوفمبر سنة ١٩١٧ المجموعة الرسمية ١٩ رقم ٢٦ ص ٣٩) .

(١) وغنى عن البيان أنه إذا سقطت دعوى البائع بتكملة الثمن بانقضاء سنة من وقت التسليم الفعلى، لم يعد هناك مقتض لدعوى المشترى بفسخ البيع ليتفادى دفع تكملة الثمن ، فإن هذه التكملة لن تطلب منه لسقوط دعواها بالتقادم ، هذا إلى أن دعوى الفسخ فى هذه الحالة تكون هى أيضاً قد سقطت بالتقادم مع سقوط دعوى تكملة الثمن .

(٢) وقد قضت محكمة استئناف مصر فى عهد التقنين المدنى السابق بأن مدة السنة هى مدة سقوط لا مدة تقادم (استئناف مصر ١٦ أبريل سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٠ رقم ٢/٤٢٦ ص ٨٦٥). ولكنها قضت بأنه إذا صادف اليوم الأخير من السنة عطلة رسمية ، امتد الأجل إلى اليوم التالى استئناف مصر ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٢/٣١٤ ص ٦١٩).

سابق)، أى فى وقت يصح ألا يكون المشترى أو البائع قد علم فيه بسبب نشوء دعواه ، ومن أجل ذلك كان هذا الحكم موضوع انتقاد [1] .

وغنى عن البيان أن مدة السنة لا توقف بسبب عدم توافر الأهلية ولو لم يكن للدائن نائب يمثله قانوناً (م ٢/٣٨٢ مدنى) ولكنها تكون قابلة للانقطاع [2] .

---

(١) ولذلك كان القضاء فى بعض أحكامه يجعل مبدأ سريان السنة من وقت التسليم الفعلى (استئناف مصر ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ١/٣١٤ ص ٦١٩ – استئناف مختلط ١٢ مارس سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٨١ – ١٤ نوفمبر سنة ١٩٠٧ م ٢٠ ص ٧) . ولكنه فى أكثر الأحكام كان يجعل مبدأ السريان من وقت العقد تطبيقاً للنص الصريح (استئناف مختلط ٢٧ مارس سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٢٢ – ٣٠ مايو سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٣٠١ – ١٥ مايو سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٤٩ – ٩ يونيه سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤٢٢ – ٢٨ أبريل سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٥٤ – ١١ أبريل سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٢٠٠ – ٧ نوفمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ١٤ – ٥ يونيه سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٤٨٧ – ١٤ يونيه سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤٣٠) . على أن محكمة الاستئناف المختلطة قد قضت بأن اتفاق المتبايعين على مقياس المبيع فى وقت معين لمعرفة العجز أو الزيادة يجعل مبدأ سريان التقادم هو وقت المقاس لا وقت العقد (استئناف مختلط ٦ مايو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣١٦) .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : «يتبين مما تقدم فى المادة السابقة – أن هناك حالات يطلب فيها المشترى أنقاص الثمن إذا نقص المبيع نقصاً غير جسيم ، أو الفسخ إذا نقص المبيع أو زاد بقدر جسيم ، وهناك حالات يطلب فيها البائع تكملة الثمن إذا زاد المبيع زيادة غير جسيمة أو زيادة جسيمة لم تحمل المشترى على طلب الفسخ . ففى هذه الحالات جميعاً تسقط الدعوى فى الفسخ أو فى انقاص الثمن أو فى زيادته بالتقادم إذا انقضت سنة من وقت تسليم المبيع تسليماً حقيقياً . وهذا الحكم أصلح عيباً فى التقنين الحالى (السابق) ، إذ جعل التقادم يسرى لا من وقت العقد (٢٩٦/٣٧٠)، بل من وقت التسليم الحقيقى للمبيع ، فلا يكفى التسليم الصورى . وظاهر أن التسليم الحقيقى وحده هو الذى يهيئ للمشترى وللبائع كشف حقيقة النقص أو الزيادة فى المبيع (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٦٥) .

ويلاحظ أنه إذا أبرم عقد بيع قبل يوم ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، ونشأ عن هذا العقد دعوى انقاص ثمن أو فسخ أو تكملة ثمن لوجود نقص أو زيادة فى المبيع ، فان التقادم يسرى من وقت العقد وفقاً لأحكام التقنين المدنى السابق . أما إذا كان البيع قد أبرم فى تاريخ غير سابق على ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، فان أحكام التقنين الجديد هى التى تسرى، ولا يبدأ التقادم إلا من وقت تسليم المبيع تسليماً فعلياً . وقد ورد نص صريح فى هذه المسألة ، اذ نصت المادة ٢/٧ مدنى على ما يأتى : «على أن النصوص القديمة هى التى تسرى على المسائل الخاصة ببدء التقادم ووقفه وانقطاعه، وذلك على المدة السابقة على العمل بالنصوص الجديدة» .

(٢) الأستاذ جميل الشرقاوى فقرة ٦٠ ص ٢٠٤ .

٣ – ملحقات المبيع

٣٠١ – النصوص القانونية : تنص المادة ٤٣٢ من التقنين المدنى على ما يأتى :

«يشمل التسليم ملحقات الشئ المبيع وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشئ، وذلك طبقاً لما تقضى به طبيعة الأشياء وعرف الجهة وقصد المتعاقدين» [1] .

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المواد ٢٨٥ – ٢٨٩ وطنى والمواد ٢٥٨–٣٦٢ مختلط [2] .

---

(١) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى المادة ٥٧٢ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : «١– يشمل التسليم ملحقات الشئ المبيع وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشئ ، وذلك طبقاً لما تقضى به طبيعة الأشياء وعرف الجهة وقصد المتعاقدين . ٢ – فاذا لم يوجد اتفاق ، وجب اتباع الأحكام الآتية ، ما لم يقض العرف بغير ذلك : (أ) بيع المنزل يشمل الأشياء المثبتة فيه الملحقة به ولا يشمل منقولاً يمكن فصله دون تلف. (ب) بيع الأراضى الزراعية لا يشمل ما نضج من المحصول . (جـ) بيع البستان يشمل ما فيه من أشجار مغروسة ، ولا يشمل الثمار الناضجة ، ولا الشجيرات المزروعة فى أوعية أو التى أعدت للنقل . (د) بيع الحيوان يشمل صغاره التى يرضعها كما يشمل الصوف والشعر المهيأ للجز» . وفى لجنة المراجعة حذفت الفقرة الثانية «لأنها تتضمن تفصيلات لا ضرورة لها» ، وبقيت الفقرة الأولى وحدها مطابقة لما استقر عليه النص فى التقنين المدنى الجديد ، وأصبح النص رقم ٤٤٥ فى المشروع النهائى ، ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٣٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٥٤ – ص ٥٥ و ص ٥٧) .

(٢) **التقنين المدنى السابق** م ٣٥٧/٢٨٥ : يجب أن يكون التسليم شاملا للمبيع ولجميع ما يعد من ملحقاته الضرورية له حسب جنس المبيع وقصد المتعاقدين .

م ٣٥٨/٢٨٦ : فى حالة عدم وجود شرط فى عقد البيع تتبع القواعد المقررة فى الأحوال الآتى بيانها ، إن لم يقض عرف الجهة بغير ذلك .

م ٣٥٩ مختلط : بيع البقرة الحلوب يشمل ولدها الرضيع .

م ٣٦٠/٢٨٧ : بيع البستان يشمل ما فيه من الأشجار المغروسة ، ولا يشمل الأثمار النضجة ولا الشجيرات الموضوعة فى الأوعية أو فى بقعة مخصوصة منه المعدة للنقل .

م ٣٦١/٢٨٨ : بيع الأرض لا يشمل ما فيها من المزروعات .

م ٢٨٩ وطنى : بيع المنزل يشمل الأشياء الثابتة فيه المرتبطة به ، ولا يشمل ما فيه من المنقولات التى يمكن نقلها بدون تلف .

م ٣٦٢ مختلط: بيع المنزل يشمل الأشياء الثابتة فيه المرتبطة به، ولا يشمل ما فيه من المنقولات التى يمكن نقلها بدون تلف وفضلا عن ذلك يتبع فى هذه المادة عرف البلد.

(ولا فرق فى الأحكام ما بين التقنين الجديد والتقنين السابق ، لا سيما إذا رجعنا إلى ما حذف من نص المشروع التمهيدى فيما قدمناه باعتباره تطبيقات للقواعد العامة) .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٤٠٠ – وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٤٢١ – وفى التقنين المدنى العراقى المادتين ٥٣٦ = ٥٣٧ وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المواد ٤١٨ – ٤٢١[١] . فتسليم المبيع يشمل إذن تسليم ملحقاته . ونحدد أولا ما هو المقصود بالملحقات ، ونورد بعد ذلك تطبيقات مختلفة تحدد ما تشتمل عليه الملحقات فى حالا معينة .

٣٠٢ – تحديد معنى ملحقات المبيع : تقول المادة ٤٣٢ مدنى كما رأينا ، إن التسليم يشمل ملحقات الشئ المبيع وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشئ. ويوهم النص أن ما أعد بصفة دائمة لاستعمال الشئ المبيع غير ملحقاته ، والواقع غير ذلك فكل ما أعد لاستعمال الشئ المبيع بصفة دائمة يعد من ملحقاته [٢]. فيلزم إذن تحديد ما هو المقصود بملحقات الشئ .

---

(١) **التقنينات المدنية العربية الأخرى :**

التقنين المدنى السورى م ٤٠٠ (مطابقة للمادة ٤٣٢ من التقنين المدنى المصرى وانظر فى القانون المدنى السورى الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٩٧ – فقرة ١٠٥).

التقنين المدنى الليبى م ٤٢١ (مطابقة للمادة ٤٣٢ من التقنين المدنى المصرى).

التقنين المدنى العراقى م ٥٣٦ : على البائع أن يسلم المبيع وتوابعه إلى المشترى عند نقده الثمن ....

م ٥٣٧ : يدخل فى البيع من غير ذكر : (أ) ما كان فى حكم جزء من المبيع لا يقبل الانفكاك عنه نظراً إلى الغرض من الشراء ، فإذا بيعت بقرة حلوب لأجل اللبن دخل تبيعها الرضيع . (ب) توابع المبيع المتصلة المستقرة ، فإذا بيعت دار دخل البستان الواقع فى حدوده والطرق الخاصة الموصلة إلى الطريق العام وحقوق الارتفاق التى للدار، وإذا بيعت عرصة دخلت الأشجار المغروسة على سبيل الاستقرار . (جـ) كل ما يجرى العرف على أنه من مشتملات المبيع .

(وأحكام التقنين العراقى متفقة مع أحكام التقنين المصرى – انظر فى القانون المدنى العراقى، الأستاذ حسن الذنون فقرة ١٦٨ – فقرة ١٧٠ – والأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٣٨٥ – فقرة ٣٩٢).

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٤١٨ : موجب تسليم الشئ يشمل ملحقاته .

م ٤١٩ : ان تسليم العقار يشمل أيضا الثوابت الحكمية ، فهى تعد حتما من ملحقات المبيع.

م ٤٢٠ : يشمل بيع الحيوان : أولا صغيره الرضيع.

ثانيا : الصوف أو الشعر الذى حل ميقات جزه.

م ٤٢١ : ان المقومات والأشياء الثمينة الموجودة ضمن شئ من المنقولات لا تحسب داخله فى البيع، إلا اذا نص على العكس .

(وأحكام التقنين اللبنانى تتفق مع أحكام التقنين المصرى).

(٢) بودرى وسينيا فقرة ٣١٤ ص ٣١٧ .

يحسن لهذا الغرض التمييز بين ملحقات الشئ وبين ما يقرب منها وقد يختلط بها. فالشئ يشتمل على أجزائه ، وهذه ليست من الملحقات بل هى الأصل . فالدار مثلا تشتمل على الأرض التى تقوم عليها والبناء القائم بما يدخل فيه من طبقات ، وتشتمل كذلك على السلم والردهات والحديقة أن وجدت وسور الدار إن كانت لها سور قائم ونحو ذلك، فهذ كلها أجزاء الدار وليست ملحقاتها . ونماء الشئ ليس من ملحقاته ، بل هو يدخل فى أصل الشئ ، ويتميز بأنه أصل حادث وجد بعد البيع . فاذا بيع حيوان مثلا ، فنماء الحيوان أى كبره فى الفترة ما بين البيع والتسليم داخل فى أصله وليس ملحقاً به ، وإن كان قد حدث بعد البيع ، والتحاق طمى بأرض زراعية يعتبر نماء للأرض ويدخل فى أصلها، ولا يعتبر من ملحقاتها [١]، وقد حدث هذا أيضاً بعد البيع [٢]. ومنتجات (produits) الشئ ليست من أصله ، بل هى تتولد منه ولكن بصفة عارضة لا بصفة دورية . فالمعادن التى تستخرج من باطن المنجم ، والأحجار التى تقطع من المحاجر ، وولد الحيوان الذى يولد بعد البيع لا قبله[٣] ، كل هذه منتجات الشئ، فلا تدخل فى أصله، ولا تعتبر من ملحقاته . وثمرات (fruits) الشئ هى أيضا ليست من أصله ولا تعتبر من ملحقاته ، بل هى ما يتولد من الشئ بصفة دورية ، كمحصولات الأرض وثمار الأشجار وريع الدور وأرباح الأسهم والسندات .

أما ملحقات (accessoires) الشئ فهى ليست من أصله ، ولا من نمائه ولا من منتجاته ، ولا من ثمراته . فهى شئ غير الأصل والنماء ، لأنها ملحقة بالأصل وليست الأصل ذاته ، وهذا ظاهر . وهى ليست متولدة من الأصل، لا بصفة عارضة كالمنتجات، ولا بصفة دورية كالثمرات ، وهذا أيضاً ظاهر. بل هى مستقل عن الأصل، غير متولد منه ، ولكنه أعد بصفة دائمة – لا بصفة وقتية – ليكون تابعاً للأصل وملحقاً به ، وذلك حتى يتهيأ للأصل أن يستعمل فى الغرض المقصود منه أو حتى يستكمل هذا الاستعمال. فالملحقات هى إذن ما يتبع الأصل ويعد بصفة دائمة لخدمته ، أو كما تقول المادة ٤٣٢ مدنى هى «كل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشئ» . فاذا كانت معدة بصفة وقتية لا بصفة دائمة ، كما إذا استأجر المالك مواشى والآت لزراعة أرضه ، فانها لا تعتبر من الملحقات .

واعتبار أن شيئاً ما يعتبر من ملحقات شئ آخر، على الوجه الذى قدمناه، أو لا يعتبر،

---

(١) قارن بودرى وسينيا فقرة ٣١٦ .

(٢) أنظر آنفا فقرة ٢٩٥ .

(٣) أما قبله فقد يكون من الملحقات .

يرجع فيه إلى طبيعة الأشياء كما هو الأمر فى اعتبار حقوق الارتفاق من الملحقات (١)، أو إلى عرف الجهة كما هو الأمر فى عدم اعتبار المشاتل والشطأ من الملحقات، وهذا كله ما لم يوجد اتفاق بين المتباعين (I). فالأصل إذن أنه إذا وجد اتفاق على اعتبار شئ من الملحقات، وجب اعتباره كذلك ووجب أن يشمله التسليم. وإذا لم يوجد اتفاق، وجب اتباع العرف ومطاوعة طبائع الأشياء، مع الاستهداء بالتطبيقات المختلفة التى سنوردها.

والمشترى يتملك أصل البيع ونماءه بعقد البيع، لأن الأصل والنماء - وهو جزء من الأصل - يدخلان مباشرة فى العقد. ويتملك المنتجات والثمرات لأنه مالك للأصل الذى تولدت منه المنتجات والثمرات، ومن ملك الأصل ملك ما تولد منه. ويتملك الملحقات لأنها تدخل ضمناً فى عقد البيع، ويشملها التزام التسليم. ونرى من هذا أن ملكية المشترى للثمرات ترجع إلى سبب غير السبب الذى يتملك به الملحقات، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك (٢).

٣٠٣ - تطبيقات مختلفة فى ملحقات المبيع: ونورد بعض تطبيقات توضح ما هى الأشياء التى يمكن اعتبارها ملحقات للمبيع فى أحوال معينة.

فالمبيع بوجه عام، أياً كان، تلحق به الأوراق والمستندات المتعلقة به، كمستندات الملكية (٣)، وعقود الإيجار التى يكون من شأنها أن تسرى فى حق المشترى وصورة من

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الحكم بإزالة البناء الذى اقامه المدعى عليه فى الأرض التى اشتراها مؤسساً على أن المشترى إذ قبل شراء الأرض مثقلة بحق ارتفاق مطل محكوم به فى مواجهة البائع، فقد التزم - التزاماً شخصياً - بالامتناع عن التعرض لمن تقرر له حق الارتفاق، فهذا الحكم يكون موافقاً للقانون، ولا يصح الطعن فيه بمقولة إنه إذ اعتبر الحكم الذى قرر حق الارتفاق فى مواجهة البائع حجة على المشترى رغم عدم تسجيله قد خالف نص المادة الثانية من قانون التسجيل (نقض مدنى ١٣ يناير سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٧٢ ص ٧٠٣).

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٨٣.

(٣) استئناف مختلط ١١ يونيه سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٤٢٣ - أول أبريل سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٥٧ - ٢٩ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٧٧ - ٢٨ أكتوبر سنة ١٩١٩ م ٣٢ ص ٢ - ١٣ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م ٢٦ ص ١٥ (حتى لو اشترط البائع ضمان الاستحقاق).

(I) المبيع ينتقل إلى المشترى بالحالة التى حددها الطرفان فى عقد البيع - واذ كان - الثابت ان البائعين للطاعنه قد حرصتا فى عقد البيع بنفى وجود أى حق ارتفاق للعقار المبيع فان القول بانتقال هذا الحق إلى المشترى رغم وجود النص المانع يكون على غير أساس.

(جلسة ١٩٧٠/١/١٥ مجموعة أحكام النقض السنة ٢١ ص ١١٢)

المستندات التى يستبقيها البائع لتضمنها حقوقاً أخرى غير حق المشترى (١)(I). ويلحق بالمبيع أيضاً حقوق الارتفاق التى قد تكون له، وكذلك بوالص التأمين التى قد تكون معقودة لتأمينه ويكون المشترى بالنسبة إلى هذه البوالص خلفا خاصاً (٢).

وإذا كان المبيع منزلا، ألحق به الأشياء المثبتة فيه، ولا تدخل فى الملحقات

(١) أنظر المادة ٥٧٣ من المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد وتنص على أن «يلتزم البائع أن يزود المشترى بالبيانات الضرورية عن الشئ المبيع، وأن يقدم الأوراق والمستندات المتعلقة بهذا الشئ». وقد سبق القول إن هذه المادة قد حذفت فى لجنة المراجعة لأنها مستفادة من القواعد العامة: أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٥٢ - ص ٥٣ - وانظر ص ٥٥ هامش رقم ١.

(٢) وكذلك تنتقل الدعاوى التى تكون للبائع بالنسبة إلى الشئ المبيع، كما لو كان المبيع أرضاً ونزعت ملكية جزء منها فينتقل التعويض إلى المشترى، وكما إذا كان المبيع منزلا فتنتقل إلى المشترى دعوى البائع بالضمان قبل المهندس والمقاول اللذين قاما ببناء المنزل (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٨٧ ص ٩٠)، ولكن لا تنتقل الدعوى التى لا يحل فيها المشترى محل البائع كخلف خاص، من ذلك دعاوى التعويض التى تكون للبائع عن إتلاف أو تخريب فى المبيع من الغير وقع قبل البيع، ومن ذلك دعوى الغبن التى قد تكون للبائع قبل بائعه (أنسيكلوبيدى داللوز ٥ لفظ Vente فقرة ١٠٥٠ - فقرة ١٠٥١). وتنتقل إلى المشترى دعاوى الضمان - ضمان الاستحقاق وضمان العيوب الخفية - التى للبائع قبل بائعه (أنسيكلوبيدى داللوز ٥ لفظ Vente فقرة ١٠٧١).

وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان عقد الإيجار منصوصاً فيه على أن كل ما يحدثه المستأجر فى الأعيان من إصلاحات أو إنشاءات تكون ملكاً للمؤجر، ثم باع المؤجر هذه الأعيان، فكل الحقوق التى كسبها المؤجر قبل المستأجر من هذا العقد تعتبر من ملحقات المبيع، فتنتقل بحكم القانون إلى المشترى، وتبعاً لذلك يكون للمشترى حق مطالبة المستأجر بتعويض الضرر الناتج عن فعله غير المشروع بتلك الأعيان (نقض مدنى ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٦ ص ٨٣).

(I) أ - متى كان عقد الإيجار منصوصا فيه على ان كل ما يحدثه المستأجر فى الأعيان المؤجرة من اصلاحات أو انشاءات يكون ملكاً للمؤجر، ثم باع المؤجر هذه الأعيان فكل الحقوق التى كسبها المؤجر قبل المستأجر من هذا العقد تعتبر من ملحقات البيع فينتقل بحكم القانون إلى المشترى وتبعا لذلك يكون للمشترى حق مطالبة المستأجر تعويض الضرر الناتج عن فعله غير المشروع بتلك الاعيان.

(جلسة ١٩٥١/١١/٢٢ مجموعة أحكام النقض السنة ٣ ص ٨٣)

ب - أنه ولئن كانت ملكية العقار المبيع لا تنتقل إلى المشترى قبل تسجيل عقد البيع إلا أن البائع يلتزم بتسليم المبيع إلى المشترى ولو لم يسجل العقد. وبذلك يكون للمشترى ثمرة المبيع من تاريخ ابرام البيع ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك.

(جلسة ١٩٦٩/١/٢٣ الطعن ٥٣٢ لسنة ٣٤ ق س ٢٥ ص ١٥٠)

(جلسة ١٩٨٧/٦/٢٣ الطعن ٢٥٣١ لسنة ٥٢ ق)

(جلسة ١٩٩٠/٢/١ الطعن ١١٩٦ لسنة ٥٣ ق)

المنقولات التى يمكن فصلها دون تلف . ويترتب على ذلك أن الأفران المثبتة فى المطابخ والمغاسل (بنوار) المثبتة فى الحمامات تعتبر من ملحقات المنزل المبيع ، ولا تلحق به المرايا غير المثبتة ولا الثريات المعلقة [1] .

وإذا كان المبيع أرضاً زراعية ، دخل فى الملحقات حقوق الارتفاق لما قدمنا ، والمزروعات غير الناضجة دون المزروعات الناضجة فهذه لا تدخل [2]. ويدخل فى الملحقات أيضاً الطرق الخاصة المتصلة بالطريق العام (م ٥٣٧ مدنى عراقى). فاذا كان المبيع «عزبة» ، دخل فى ملحقاتها المواشى والآلات الزراعية وغيرها مما يعد عقاراً بالتخصيص، وكذلك المخازن وزرايب المواشى وبيوت الفلاحين ونحو ذلك [3] . وكذلك يدخل من هذه الملحقات بنسبة ما يباع من العزبة على الشيوع ، أما إذا بيعت العزبة أجزاء مفرزة لم تدخل هذه الملحقات تبعاً لأى جزء مفرز منها ، بل تبقى للبائع [4].

(١) أنظر المشروع التمهيدى والمذكرة الإيضاحية فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٥٦ .

(٢) أنظر المشروع التمهيدى والمذكرة الإيضاحية فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٥٦ – وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن بيع الأرض الزراعية لا يشمل المحصول الذى حصده البائع وخزنه إلا إذا وجد اتفاق على العكس . والذى يدخل هو المحصول الذى لم ينضج باعتباره من ملحقات الأرض، أما ما نضج منه ويمكن جنيه فى وقت قصير فلا يدخل (استئناف مختلط ٣ أبريل سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١١٤) . ومع ذلك أنظر استئناف مختلط ١١ ديسمبر سنة ١٩٠١ م ١٤ ص ٤٢ (لا يدخل المحصول القائم ولو كان غير ناضج دون اتفاق : أنظر منيا القمح ١٦ أكتوبر سنة ١٩١٨ المجموعة الرسمية ٢٠ رقم ٤٥ ص ٥٤ – كفر صقر ٨ يوليه سنة ١٩١٧ المجموعة الرسمية ١٩ رقم ٤٥ ص ٦٥ .

(٣) وإذا بيعت أرض زراعية ، لم يدخل دون ذكر فى ملحقاتها بيوت ومبان تكون عزبة مستقلة ، وبخاصة إذا كانت مساحة هذه العزبة تصل إلى فدان والأرض المبيعة كلها لا تزيد على ٤٢ فداناً (استئناف مختلط ١٦ ديسمبر سنة ١٩٠٩ م ٢٢ ص ٥٧) – ولا يدخل دون ذكر المواشى فى الأرض الزراعية التى امتنع على البائع نقلها بسبب إجراءات صحية (استئناف مختلط ١٣ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٠٨). ويدخل تبعاً للأرض النخل المزروع فيها (استئناف مختلط ٢٨ فبراير سنة ١٩١٧ م٢٩ ص ٢٥٥) . ويقضى العرف بألا تدخل السواقى دون ذكر (استئناف مختلط ١٤ ديسمبر سنة ١٩٠٥ م ١٨ ص ٤٥). أما الدوار فبحسب قصد المتبايعين (استئناف مختلط ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٠٥م ١٨ ص ٦١) .

ومع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه لا يدخل فى بيع الأرض ما هو عليها عند البيع من أبنية أو وابورات أو مواش أو ما أشبه ذلك إذا لم يذكر صراحة فى عقد البيع دخولها ضمن المبيع، فإذا كانت الأرض مشغولة بالأبنية أو الوابورات وكان نص عقد البيع قاصراً على الأراضى اعتبر البيع عن الأرض فقط (استئناف وطنى ٣ يونيه سنة ١٩٠١ الحقوق ١٦ ص ٢٢١)، ولا تدخل فى بيع الأراضى المخازن المعدة لحفظ الحصائد حتى المبنى منها فى الأراضى ولا الآلة البخارية لرى هذه الأراضى مع رى غيرها ، إذا لم يذكر شئ صريح فى عقد البيع (استئناف وطنى ١٣ يونيه سنة ١٩٠١ المجموعة الرسمية ٣ ص ١٦٨).

(٤) بودرى وسينيا فقرة ٣١٥ .

وإذا كان المبيع بستاناً (أرض جناين) ، دخل فى ملحقاته الأشجار المغروسة والثمار التى لم تنضج ، بل لعل هذه تعتبر أجزاء المبيع لا مجرد ملحقات . ولا يدخل فى الملحقات الأثمار الناضجة ، ولا الشجيرات المزروعة فى أوعية أو التى أعدت للنقل (الشطأ أو المشتل) [1].

وإذا كان المبيع مصنعاً ، دخل فى ملحقاته المخازن التى تودع فيها المصنوعات والمنازل التى أقيمت لعمال المصنع ومطاعمهم وملاعبهم ونحو ذلك . وإذا كان المبيع متجراً، فان البضائع وعقد إيجار المكان الذى أقيم فيه المتجر والاسم التجارى[2] «وماركة الفابريكة» والعملاء وعقود المستخدمين والعمال والتزامات المتجر وديونه ، كل هذا تعتبر عناصر المتجر، فهى أجزاؤه وليست مجرد ملحقات له [3]. أما ملحقاته فهى بوليصة التأمين إن وجدت ومستندات الملكية ودفاتر الحسابات وعناوين العملاء ونحو ذلك .

وإذا كان المبيع حيواناً ، دخل فى ملحقاته الولد الرضيع ، لا الذى شب عن الرضاع إذا كان قد ولد قبل البيع ، أما إذا ولد بعد البيع فهو من منتجاته ويدخل فى البيع كما قدمنا. ودخل أيضاً الصوف الشعر ولو كان مهيأً للجز [4]، بل إن ذلك قد يعد من أجزاء المبيع .

وإذا كان المبيع سيارة ، فان عجلاتها وأدوات الإدارة فيها تعتبر من أجزائها . أما الرخصة وبوليصة التأمين ومستندات الملكية ، فتعتبر من ملحقاتها [5].

وإذا كان المبيع مؤلفاً أو لوحة رسم أو تمثالا أو غير ذلك من الأعمال الأدبية والفنية، فان حق طبعه مرة أخرى – طبع الكتاب أو تصوير اللوحة أو عمل نموذج من التمثال – يكون من ملحقات المبيع [6]. ولكن إذا باع المؤلف عدداً محدوداً من النسخ

(١) المشروع التمهيدى والمذكرة الإيضاحية فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٥٦ .

(٢) مع إضافة عبارة تفيد خلافة المشترى للبائع فى متجره إذا كان الاسم التجارى هو الاسم الشخصى للبائع .

(٣) قارن بودرى وسينيا فقرة ٣٢٠ . وقد نصت المادة ٤ من قانون رقم١١ لسنة ١٩٤٠ الخاص ببيع المحال التجارية ورهنها على أنه «لا يقع امتياز البائع إلا على أجزاء المحل المبينة فى العقد، فاذا لم يعين على وجه الدقة ما يتناوله الامتياز، لم يقع الا على عنوان المحل التجارى واسمه والحق فى الإجارة والاتصال بالعملاء والسمعة التجارية». وهذا التحديد خاص بما يتناوله امتياز البائع لا بعناصر المبيع، لأن العناصر يدخل فيها دون شك البضائع والمهمات والسلع (الأستاذ أنور سلطان فقرة٢٠٨ ص٢٥٨).

(٤) المشروع التمهيدى والمذكرة الإيضاحية فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٥٦ – وانظر المادة ٤٢٠ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى (أنظر آنفا فقرة ٣٠١ فى الهامش) .

(٥) وإذا كان المبيع طيارة ، دخل فى ملحقاتها الترخيص المجدد لها فى الطيران ، لا سيما إذا كان المشترى قد اشترط ذلك على البائع (استئناف مختلط ٢٤ مارس سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٣١٠).

(٦) بودرى وسينيا فقرة ٣٢٣ . ومع ذلك فقد قضى قانون ٩ أبريل سنة ١٩٠١ فى فرنسا بأن حق الطبع لا يدخل فى البيع إلا بشرط خاص (كولان وكابيتان ٢ فقرة ٨٩١ ص ٥٩٧)

من مؤلفه دون أن يبيع حقه كمؤلف ، لم يجز للمشترى أن يعيد طبع الكتاب . وإذا كان المبيع اختراعاً (brevet d'invention) ، دخل فى ملحقاته المستندات التى تشتمل على سر الاختراع وكيفية الإفادة منه إفادة كاملة [1].

وإذا كان المبيع أسهماً وسندات . فان قسائم الأرباح (الكوبونات) المستحقة قبل البيع لا تدخل فى الملحقات إلا باتفاق خاص ، أما قسائم الأرباح التى تستحق بعد البيع[2] فهى من الثمرات لا من الملحقات ، وإذا ربح السند جائزة اعتبرت جزءاً من السند، أو هى فى القليل من منتجاته .

وإذا كان المبيع منقولا آخر ، دخل فى ملحقاته الصندوق الذى يحتويه أن وجد ، ومستند ملكيته . ولكن لا يدخل فى الملحقات الأشياء الثمينة التى قد توجد ضمن المنقول، كما إذا بيعت ساعة من فضة فلا يدخل فى ملحقاتها السلسلة الذهبية التى قد تكون أكبر قيمة من الساعة ذاتها [3].

المطلب الثانى

كيفية يتم التسليم

٣٠٤– طريقة التسليم وزمانه ومكانه ونفقاته: يتم التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشترى فى الزمان والمكان المعينين . ونفقات التسليم تكون فى الأصل على البائع.

فنبحث إذن : (١) طريقة التسليم (٢) زمان التسليم ومكانه (٣) نفقات التسليم

١ – طريقة التسليم

٣٠٥ – النصوص القانونية : تنص المادة ٤٣٥ من التقنين المدنى على ما يأتى :

«١ – يكون التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشترى بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ، ولو لم يستول عليه استيلاء مادياً ، ما دام البائع قد أعلمه لذلك. ويحصل هذا التسليم على النحو الذى يتفق مع طبيعة الشئ المبيع» .

«٢ – ويجوز أن يتم التسليم بمجرد تراضى المتعاقدين إذا كان المبيع فى حيازة

(١) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٨٧ ص ٩٠ .

(٢) استئناف مختلط ٣ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٣٥ .

(٣) انظر المادة ٤٢١ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى (آنفا فقر ٣٠١ فى الهامش).

المشترى قبل البيع ، أو كان البائع قد استبقى المبيع فى حيازته بعد البيع لسبب آخر غير الملكية» [1].

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المواد ٣٤٢/٢٧١ – ٣٤٤/٢٧٣ [2].

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٤٠٣ – وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٤٢٤ – وفى التقنين المدنى العراقى المواد ٥٣٨ – ٥٤٠ وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المواد ٤٠٢ – ٤٠٤[3].

(١) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى المادة ٥٧٦ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : «١– يكون التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشترى ، بحيث يتمكن هذا من حيازت والانتفاع به دون عائق، حتى لو لم يستول عليه استيلاء مادياً ، ما دام يعلم أن المبيع قد أصبح تحت تصرفه. ٢ – ويكون تسليم المبيع على النحو الذى يتفق مع طبيعته . فيتم تسليم العقار بتسليم المفاتيح أو مستندات التمليك، أو بتخلية البائع له . ويكون تسليم المنقول بالمناولة أو بتسليم مفاتيح المكان الذى يوجد فيه، أو بتحويل سند الإيداع أو التخزين ، أو بتسليم هذا السند . ويتم تسليم الحق بتسليم سنده، أو بالترخيص فى استعمال هذا الحق ، وإذا كان استعمال الحق يستلزم حيازة شئ وجب على البائع أن يمكن المشترى من وضع يده على هذا الشئ دون عائق . ٣ – ويجوز أن يتم التسليم بمجرد الاتفاق إذا كان المبيع فى حيازة المشترى قبل البيع ، أو كان البائع قد استبقى المبيع فى حيازته بعد البيع لسبب آخر غير الملكية». وفى لجنة المراجعة حذفت الفقرة الثانية لعدم ضرورتها ، وأصبحت المادة رقمها ٤٤٨ فى المشروع النهائى. ووافق عليه مجلس النواب . وفى لجنة مجلس الشيوخ استبدلت عبارة «مادام البائع قد أعلمه بذلك» بعبارة «مادام يعلم أن المبيع تحت تصرفه» ، وقد قصد بهذا التعديل ضبط الحكم، وأصبحت المادة رقمها ٤٣٥ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٦٧ و ص ٦٩ – ص ٧١).

(٢) **التقنين السابق** م ٣٤٢/٢٧١ : تسليم المبيع هو عبارة عن وضعه تحت تصرف المشترى بحيث يمكنه وضع يده عليه والانتفاع به بدون مانع . ويحصل وفاء الالتزام بالتسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشترى وعلمه بذلك ولو يتسلمه بالفعل . م ٣٤٣/٢٧٢ : يكون تسليم الأشياء المبيعة بحسب جنسها، فتسليم العقار إذا كان من المبانى يجوز أن يكون بتسليم مفاتيحه ، وإذا كان عقاراً آخر فبتسليم حججه، وهذا وذاك ان لم يكن مانع لوضع يد المشترى عليه . وتسليم المنقولات يكون بالمناولة من يد إلى يد، أو بتسليم مفاتيح المخازن الموضوعة فيها تلك المنقولات . ويجوز حصول التسليم بمجرد إرادة المتعاقدين إذا كان المبيع موجود تحت يد المشترى قبل البيع لسبب آخر . م ٣٤٤/٣٧٣ : تسليم مجرد الحقوق يكون بتسليم سنداتها ، أو بتصريح البائع المشترى بالانتفاع بها إن لم يوجد ما يمنع من الانتفاع المذكور.

(ولا تختلف أحكام التقنين السابق عن أحكام التقنين الجديد).

(٣) **التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدنى السورى** م ٤٠٣ (مطابقة للمادة ٤٣٥ من التقنين المدنى المصرى – وانظر فى القانون المدنى السورى الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ١١٦ – فقرة ١٣٠).

التقنين المدنى الليبى م ٤٢٤ (مطابقة للمادة ٤٣٥ من التقنين المدنى المصرى).

التقنين العراقى م ٥٣٨: ١ – تسليم المبيع يحصل بالتخلية بين المبيع والمشترى على وجه يتمكن به المشترى من قبضه دون حائل. ٢– وإذا قبض المشترى المبيع ورآه البائع وهو يقبضه وسكت، يعتبر =

ويتبين من النص أن التسليم أما أن يكون تسليماً فعلياً أو تسليما حكمياً .

٣٠٦ – التسليم الفعلي: يكون التسليم الفعلي ، كما تقول الفقرة الأولى من المادة ٤٣٥ مدنى فيما قدمناه ، بوضع المبيع تحت تصرف المشترى بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ، ولو لم يستول عليه استيلاء مادياً ، ما دام البائع قد أعلمه بذلك . فالتسليم الفعلي ينطوى إذن على عنصرين : (١) وضع المبيع تحت تصرف المشترى : ويشترط حتى يعتبر المبيع موضوعاً تحت تصرف المشترى أن يكون هذا متمكناً من حيازته حيازة يستطيع معها أن ينتفع به الانتفاع المقصود من غير أن يحول حائل دون ذلك[1]. ولكن لا يشترط أن تنتقل الحيازة فعلا إلى المشترى بحيث يستولى على المبيع استيلاء

= إذناً من البائع له فى القبض .

م ٥٣٩ : إذا كانت العين المبيعة موجودة تحت يد المشترى قبل البيع فاشتراها من المالك ، فلا حاجة إلى قبض جديد سواء كانت يد المشترى قبل البيع يد ضمان أو يد أمانة .

م ٥٤٠ : ١ – إذا أجر المشترى المبيع قبل قبضه إلى بائعه ، أو باعه منه ، أو وهبه إياه ، أو رهنه له، أو تصرف له فيه أى تصرف آخر يستلزم القبض ، اعتبر المشترى قابضاً للمبيع . ٢ – وإذا أجره قبل قبضه لغير البائع أو باعه أو وهبه أو رهنه أو تصرف فيه أى تصرف آخر يستلزم القبض، وقبضه العاقد قام هذا القبض مقام قبض المشترى .

(والأحكام فى التقنين العراقى لا تختلف عن الأحكام فى التقنين المصرى . أنظر فى القانون المدنى العراقى الأستاذ حسن الذنون فقرة ١٥٨ – فقرة ١٦٤ – الأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٣٧٢ – فقرة ٣٨٤).

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٤٠٢ : التسليم هو أن يضع البائع أو من يمثله الشئ المبيع تحت تصرف المشترى بحيث يستطيع أن يضع يده عليه وان ينتفع به بدون مانع .

م ٤٠٣ : يتم التسليم على الأوجه الآتية : أولا – إذا كان المبيع عقاراً فبالتخلى عنه وبتسليم مفاتيحه عند الاقتضاء ، بشرط ألا يلاقى المشترى إذ ذاك ما يحول دون وضع يده على المبيع. وثانياً – إذا كان المبيع من المنقولات ، فبالتلسيم الفعلى أو بتسليم مفاتيح المبانى أو الصناديق المحتوية على تلك المنقولات أو بأية وسيلة أخرى مقبولة عرفاً . ثالثاً – يتم التسليم ، حتى بمجرد قبول المتعاقدين ، إذا كان إحضار المبيع غير ممكن فى ساعة البيع ، أو كان المبيع موجوداً تحت يد المشترى لسبب آخر . رابعاً : ويتم أيضاً بتحويل أو بتسليم شهادة الإيداع أو سند الشحن أو وثيقة النقل إذا كان المبيع أشياء مودعة فى المستودعات العامة.

م ٤٠٤ : إن تسليم المبيعات غير المادية ، كحق المرور مثلا ، يكون بتسليم الأسناد التى تثبت وجود الحق، أو بإجازة البائع للمشترى أن يستعمله بشرط ألا يحول حائل دون هذا الاستعمال – وإذا كان موضوع الحق غير مادى وكان استعماله يستوجب وضع اليد على شئ ما ، فعلى البائع حينئذ أن يمكن المشترى من وضع يده على هذا الشئ بدون مانع .

(والأحكام فى التقنين اللبنانى لا تختلف عن الأحكام فى التقنين المصرى).

(١) استئناف مختلط ١٢ أبريل سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٢٥٥ .

مادياً، وما دام المشترى متمكناً من هذا الاستيلاء فان البائع يكون قد نفذ التزامه بالتسليم، حتى قبل أن يستولى المشترى على المبيع[1]، وحتى لو لم يستول عليه أبداً[2] . ذلك أنه – كما تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى[3]– إذا كان التسليم التزاماً فى ذمة البائع، فان التسلم وهو حيازة المشترى بالفعل للمبيع التزام فى ذمة المشترى[4] . (٢) أن يعلم البائع المشترى بوضع المبيع تحت تصرفه على النحو المتقدم الذكر. وقد كان المشروع التمهيدى للمادة ٤٣٥ مدنى يقول فى ذلك عن المشترى: «مادام يعلم أن المبيع قد أصبح تحت تصرفه»، وفى لجنة مجلس الشيوخ استبدلت بهذه العبارة عبارة «ما دام البائع قد أعلمه بذلك»، وقصد بهذا التعديل «ضبط الحكم»[5] . ويظهر من ذلك أن أريد ألا يكون علم المشترى بوضع المبيع تحت تصرفه أو جهله بذلك محل منازعة بينه وبين البائع، فرؤى ضبطاً للحكم أن يكون علم المشترى مستمداً من البائع نفسه حسما لكل نزاع محتمل. فيجب إذن، حتى يتم التسليم، أن يخطر البائع المشترى أن المبيع قد وضع تحت تصرفه. ولا يوجد شكل معين لهذا الأخطار، فقد يكون بانذار رسمى إذا أراد البائع الاحتياط الشديد، وقد يكون بكتاب مسجل أو غير مسجل، وقد يكون شفوياً ولكن يقع

(١) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٧٠ ص ٧٥ .

(٢) ويخلص من ذلك أنه يجب التمييز بين تسليم المبيع وبين انتقال حيازته ، فقد يعتبر المشترى متسلماً للمبيع دون ان تكون له حيازة ، وذلك إذا وضع تحت تصرفه دون أن يستولى عليه استيلاء مادياً . وفي هذه الحالة يعتبر المشترى مستوفياً لالتزام التسليم ، ولكنه لا يعتبر حائزاً للمبيع . فلا يستطيع أن يبدأ التقادم ، إذا كان قد اشترى من غير مالك ، ولم يستول بعد على المبيع . وإذا كان المبيع منقولا وكان المشترى حسن النية وقد اشترى من غير مالك ، فانه لا يستطيع التمسك بالحيازة لتملك المنقول ما دام لم يستول عليه استيلاء مادياً . وإذا باع شخص منقولا يمكنه من شخصين متعاقبين ، وأعطى لكل منهما إذناً فى تسلمه من المخزن الذى يوجد فيه ، وسبق المشترى الثانى المشترى الأول إلى الاستيلاء الفعلى على المنقول ، فانه يستطيع التمسك بالحيازة لتملك المبيع ، ولا يستطيع المشترى الأول أن يحتج عليه بأنه تسلم المنقول أولا بموجب إذن التسليم (أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٤ ص ٤٩ – بودرى وسينيا فقرة ٢٩٨ – بلانيول وريبير وهامل ١٩ ص ٧٥ هامش ٢) .

هذا ويسمى التسليم الذى لم يعقبه تسلم فى بعض الأحيان تسلماً قانونياً ، تمييزاً له عن التسليم الفعلى الذى يعقبه التسلم (الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٧٦ ص ١٣٦). ونؤثر أن نحتفظ بعبارة التسليم الفعلى لكل تسليم مادى ، أعقبه التسلم أو لم يعقبه ، تميزاً له عن التسليم الحكمى الذى سنعرض له فيما بعد .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٦٩ .

(٤) وقد يبادئ المشترى البائع فيقبض المبيع دون اعتراض من البائع ، فيكون هذا تسليماً صحيحاً يبرئ ذمة البائع من التزامه. ويقول التقنين المدنى العراقى فى المعنى فى الفقرة الثانية من المادة ٥٣٨ : «وإذا قبض المشترى المبيع ورآه البائع وهو يقبضه وسكت ، يعتبر إذناً من البائع له فى القبض» (أنظر آنفا فقرة ٣٠٥ فى الهامش) .

(٥) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٧٠ – وانظر آنفاً فقرة ٣٠٥ فى الهامش .

على البائع عبء إثبات أنه قام بهذا الواجب وأنه أخطر المشترى فعلا بوضع المبيع تحت تصرفه [1].

ومتى اجتمع هذان العنصران: فان البائع يكون قد أتم تنفيذ التزامه بتسليم المبيع[1][2].

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٦٨ – ص ٦٩ – وفى بيع التجربة يتم بيع التسليم حتى قبل تجربة المشترى للمبيع ، فالتسليم غير التجربة وهو يسبقها عادة (الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٩٣ ص ٢٣٧) . ويجوز للبائع ، لإتمام التسليم ، أن يعرض المبيع على المشترى عرضاً حقيقياً ، وعرضه على المشترى أمام المحكمة البضاعة المبيعة هو عرض حقيقى (نقض مدنى ٨ فبراير سنة ١٩٥١ ، مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٦٠ ص ٣١٠).

(1) أ – الالتزام بتسليم المبيع من الالتزامات الاصلية التى تقع على عاتق البائع ولو لم ينص عليه فى العقد وهو واجب النفاذ بمجرد تمام العقد ، ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك ، كما أن البائع ملزم بتسليم العقار المبيع بحالته التى هو عليها وقت تحرير العقد طبقا لنص المادة ٤٣١ من القانون المدنى ، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه برفض الدعوى على سند من أن عقد البيع المسجل المتضمن بيع المطعون ضده للطاعنين العقار الكائن به شقتا النزاع قد خلا من ترتيب أى التزام على عاتق المطعون ضدهم بتسليم هاتين الشقتين ، فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه .

(جلسة ١٩٨٤/٣/٢٦ الطعن ٦١٠ لسنة ٤٩ ق س ٣٥ ص ٨٢٤)

(جلسة ١٩٨٤/٢/٢١ الطعن ١٠٨٣ لسنة ٥٠ ق س ٣٥ ص ٥١٢)

ب – تسليم المبيع يتم بوضعه تحت تصرف المشترى بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به بغير حائل، مع اعلام المشترى أن المبيع تحت تصرفه ، ولم يشترط المشرع التسليم الفعلى ، بل افترض تمام التسليم متى توافر عنصراه ولو لم يقول المشترى على المبيع استيلاء ماديا فيكفى لتمام التسليم مجرد تغيير النية سواء باتفاق أو تصرف قانونى مجرد كأن يظل البائع حائز المبيع باعتباره مستأجرا ، ويعتبر التسليم فى هذه الحالة حكميا أو معنوياً .

(جلسة ١٩٧٨/٤/١٢ الطعن ٤٤٣ لسنة ٤٤ ق)

جـ – يشترط فى وضع المبيع تحت تصرف المشترى – ليتحقق به التسليم المنصوص عليه فى المادة ٤٣٥ من القانون المدنى أن يكون بحيث يتمكن المشترى من حيازة المبيع والانتفاع به . التسليم المعنوى أو الحكمى يقوم مقام التسليم الفعلى .

(جلسة ١٩٨٥/٢/٢١ الطعن ٦٣٢ لسنة ٥١ ق)

(جلسة ١٩٥٩/٦/٢٥ مجموعة أحكام النقض السنة ١٠ ص ٤٩٩)

(2) متى كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بفسخ عقد البيع على أساس أن البائع لم يوف التزاماته المترتبة على العقد ، حتى وقت الحكم النهائى فى الدعوى، وكان مجرد عرض البائع استعداده لتسليم العين المبيعة على أساس أن يوقع المشترى على عقد البيع النهائى لا يعد عرضا حقيقيا يقوم مقام الوفاء بالالتزام لأن البائع لم يتبع استعداده للتسليم بطلب تعيين حارس لحفظ العين المبيعة طبقا لما توجبه المادتان ٣٣٩ من القانون المدنى و ٧٩٢ من قانون المرافعات فإن الحكم لا يكون قد خالف القانون. (جلسة ١٩٦٢/١١/٨ الطعن ١٥٩ لسنة ٢٧ ق س ١٣ ص ٩٩٢)

٣٠٧ – **تطبيقات فى التسليم الفعلى** : يبقى فى التسليم الفعلى أن نورد بعض تطبيقات تبين كيف يكون وضع المبيع تحت تصرف المشترى على النحو الذى قدمناه ، سواء كان ذلك فى العقار أو فى المنقول أو فى الحقوق المجردة .

فإذا كان المبيع عقاراً، فان وضعه تحت تصرف المشترى يكون أولا بتخليه البائع له. فاذا كان داراً يسكنها البائع، وجب عليه أن يخليها وأن يخرج ماله من أثاث وأمتعة فيها. وإذا كانت أرضاً زراعية، وجب عليه أن يتركها وأن يأخذ ماله فيها من مواش وآلات ونحو ذلك، فلابد إذن من إخلاء العقار أولاً، فيم يأتى بعد ذلك تمكين المشترى من الاستيلاء عليه. ويقع كثيراً أن يكون مجرد إخلاء العقار منطوياً فى الوقت ذاته على تمكين المشترى من الاستيلاء عليه[١]، ولكن قد يقتضى الأمر أن يسلم البائع المشترى مفاتيح الدار حتى يتمكن من دخولها [٢]، أو مستندات ملكية البائع للدار أو الأرض حتى يتمكن المشترى من التصرف فيها [٣]، أو عقود الإيجار الواقعة على الدار أو على الأرض حتى يتمكن المشترى من التعامل مع المستأجرين: أو بوالص التأمين حتى يتمكن المشترى من التعامل مع شركة التأمين، أو ذلك كله أو بعضه بحسب ما يكون فى يد البائع. وقد رأينا أن المادة ٥٧٣ من المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد– وقد حذفت لأنها مستفادة من القواعد العامة كما قدمنا [٤]– كانت تنص على أن «يلتزم البائع أن يزود المشترى بالبيانات الضرورية عن الشئ المبيع، وأن يقدم له الأوراق والمستندات المتعلقة بهذا الشئ» .

وإذا كان المبيع منقولا ، فان وضعه تحت تصرف المشترى يكون عادة بمناولته إياه يداً بيد، ويتيسر ذلك فى المنقول فى أكثر الأحيان . ولكن قد يحصل ذلك أيضاً بتسليم المشترى مفاتيح منزل أو مخزن أو صندوق أو أى مكان آخر يحتوى هذا المنقول[٥] ، أو

(١) فلا ضرورة لأى عمل رمزى يصحب وضع العقار تحت تصرف المشترى (استئناف مختلط ٧ يناير ١٨٩٧ م ٩ ص ١٠٤) .

(٢) استئناف مختلط ٢٣ أبريل سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٦ .

(٣) وليس من الضرورى أن تكون مستندات الملكية كاملة قاطعة فى أن البائع هو المالك للمبيع، فالبائع ملزم بتسليم المستندات التى معه للمشترى ، فإذا تبين بعد ذلك أن هذه المستندات لا تقطع فى ملكية البائع للمبيع ، وتعرض أحد للمشترى أو ظهر للمبيع مستحق ، فعند ذلك يرجع المشترى على البائع بضمان التعرض أو الاستحقاق (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٧٣) ومجرد التأخر فى تسليم البائع مستندات ملكيته للمشترى لا يبرر فسخ البيع (استئناف مختلط ٤ مارس سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٢٣).

(٤) أنظر آنفاً ٣٣٠ فى الهامش .

(٥) وقد قضت محكمة النقض بأن حيازة مفتاح الخزانة هى حيازة رمزية لمنقول غير حاصل فعلا فى اليد، وليست بذاتها دليلا قاطعاً على حيازة ما هو فى الخزانة. وكون الشئ حاصلا فعلا فى حوزة من يدعى حيازته أو غير حاصل فيها هو من الواقع الذى يحصله قاضى الموضوع فى كل دعوى بما يتوافر فيها من دلائل . وإذا كان القانون قد نص فى باب البيع على أن تسليم المنقولات المبيعة يصح=

بتحويل سند الشحن أو الإيداع أو التخزين للمشترى إن كان المنقول مشحوناً أو مودعاً أو مخزوناً في جهة ما [(١)]، أو بتسليم هذا السند للمشترى إذا كان للسند لحامله[(٢)] . وقد يحصل ذلك بمجرد التخلية ، كما إذا كان المبيع محصولات لا تزال قائمة في الأرض أو ثماراً لا تزال فوق الأشجار، فيخلي البائع ما بينها وبين المشترى حتى يستولى هذا عليها[(٣)]. وقد يحصل ذلك بافراز الشئ المعين بنوعه فقط في حضور المشترى ودعوته لتسلمه، ويقع الإفراز بالعد أو الكيل أو الوزن أو المقاس .

وإذا كان المبيع حقاً مجرداً ، كحق المرور ، فانه يوضع تحت تصرف المشترى بتسليم سنده إن كان له سند سابق ، أو بالترخيص للمشترى في استعمال هذا الحق مع تمكينه من ذلك بازالة ما قد يحول بينه وبين المرور [(٤)]. قد يكون المبيع حقاً شخصياً لا حقاً عينياً، كما في حوالة الحق ، وعندئذ يوضع الحق تحت تصرف المحال له بتسليمه سند الحق لتمكينه من استعماله في مواجهة المحال عليه [(٥)].

ويتبين من هذه التطبيقات – كما تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى[(٦)] – أن طريقة التسليم تتكيف حسب طبيعة المبيع [(٧)][(1)].

=أن يتم بتسليم مفاتيح المخازن الموضوعة فيها ، فان هذا النص لا يعنى أن كل من يحمل مفتاحاً لخزانة يكون ولابد حائزاً فعلا لمحتوياتها ، لأن حمل المفتاح لا يلزم عنه حتماً أن حامله مسلط على الخزانة .. فحيث تدل الظروف على أن حامل مفتاح الخزانة كان متسلطاً فعلا على ما فيها جاز اعتباره حائزاً وإلا فلا. وما يراه قاضي الموضوع في هذا الشأن هو رأى في مسألة واقعية يستقل هو بتقديرها ولا يخضع قضاؤه فيها لرقابة محكمة النقض (نقض مدنى ٣٠ يناير سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١١٧ ص ٣٢٦).

(١) ويجوز للمشترى في هذه الحالة أن يحول السند إلى آخر ، وللآخر حق قبض المبيع المودع أو المخزون (استئناف مختلط ٢٤ مارس سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٢٦٤).

(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٦٩ .

(٣) بودرى وسينيا فقرة ٢٩٤ ص ٢٩٥ .

(٤) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٦٩ .

(٥) بيدان ١١ فقرة ٣٨٧ – بودرى وسينيا فقرة ٢٩٧ ص ٣٠١ – وفي الأسهم والكمبيالات والشيكات لحاملها يكون التسليم بالتظهير ، وفي السندات الإسمية لا يتم التسليم إلا بعد القيد في دفاتر الشركة (م ٣٩ و ١٣٣ تجارى) .

(٦) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٦٩ .

(٧) استئناف مختلط ٢٦ ديسمبر سنة ١٨٨٩م ٢ ص ٦٩ .

(1) إذا كانت محكمة الموضوع خلصت إلى تحديد يوم معين اعتبرته آخر ميعاد قدم فيه المطعون عليه للطاعنة قدرا من القطن المبيع، وقررت أنه لم يحصل بعد ذلك التاريخ عرض من المطعون عليه ولا قبول من الطاعنة لأى مقدار آخر، وكان لا يبين من وقائع الحكم واسبابه ما يفيد أن المطعون عليه =

٣٠٨ – التسليم الحكمى : ويقوم مقام التسليم الفعلى على النحو الذى قدمناه التسليم الحكمى ، أو كما تدعوه المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى [(١)]، التسليم المعنوى[(1)] . والتسليم الحكمى يتم – كما تقول الفقرة الثانية من المادة ٤٣٥ مدنى فيما رأينا – بمجرد تراضى المتعاقدين ، ويتراضيان على أن المبيع قد تم تسليمه من البائع إلى المشترى . ويتميز التسليم الحكمى بذلك عن التسليم الفعلى بأنه اتفاق (convention) أو تصرف قانونى (acte juridique) ، وليس بعمل مادى .

وللتسليم الحكمى صورتان : (الصورة الأولى (أن يكون المبيع في حيازة المشترى قبل البيع ، باجازة أو إعارة أو وديعة أو رهن حيازة أو نحو ذلك ، ثم يقع البيع . فيكون المشترى حائزاً فعلا للمبيع وقت صدور البيع ، ولا يحتاج إلى استيلاء مادى جديد ليتم التسليم. وإنما يحتاج إلى اتفاق مع البائع على أن يبقى المبيع في حيازته ، ولكن لا كمستأجر أو مستعير أو مودع عنده أو مرتهن ، بل كمالك له من طريق الشراء . فتتغير نية المشترى في حيازته للمبيع ، وإن كانت الحيازة المادية تبقى كما كانت [(٢)]. وهذه

=كان ينوى الاستمرار في توريد باقى الاقطان المبيعة بعد التاريخ الذى حددته وأن المحكمة رتبت على ذلك أن اليوم التالى هو الميعاد الذى يحق للطاعنة ممارسه حقها في شراء ما تخلف المطعون عليه عن توريده من القطن المبيع واجراء محاسبته على هذا الأساس ، فان هذا الذى انتهت إليه المحكمة يعتبر تقديراً موضوعياً مما يستقل به قاضى الموضوع دون رقابة فيه لمحكمة النقض .

(جلسة ١٩٥٩/١٠/٢٣ الطعن ١٨٩ لسنة ٢٥ ق س ١٠ ص ٥٩٠)

(جلسة ١٩٥٩/١١/١٢ الطعن ٥٢ لسنة ٢٥ ق س ١٠ ص ٦٤١)

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٦٩ .

(٢) ويسمى هذا التسليم tradition brevi manu .

(1) مؤدى نص المادة ٤٣٥ من القانون المدنى – وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض – أن تسليم المبيع يتم بوضعه تحت تصرف المشترى بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به بغير حائل مع اعلام المشترى أن المبيع قد وضع تحت تصرفه ولم يشترط المشرع التسليم الفعلى، بل افترض تمام التسليم متى توافر عنصراه ولو لم يستول المشترى على المبيع استيلاء ماديا ، فاذا تم التسليم على هذا الوجه انقضى التزام البائع له وبرئت ذمته ، لما كان ذلك وكانت الجهتان الطاعنتان قد تمسكتا بسبق تنفيذهما التزامهما بتسليم الاطيان المبيعة إلى المطعون ضده واخطرتا المستأجرين بالوفاء بالاجرة إليه ، وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بتأييد الحكم المستأنف على قوله «أن الجهة المستأنفة قد أوفت بالتزامهما بتسليم المبيع إلى المستأنف عليه المطعون ضده – بموجب محضر تسليم مؤرخ ١٩٦٣/٧/٣١ إلا أنه لا يضير تلك الجهة مطالبة المستأنف عليه بصدور حكم بالتسليم طالما أنه لم يطلب التسليم بغير الحالة التى تم الاتفاق عليها عند التعاقد» وكان مؤدى ذلك أن الحكم المطعون فيه جعل للمشترى الحق في مطالبة البائع بتسليم المبيع بالرغم من انقضاء هذا الالتزام وبراءة ذمة البائع منه فأنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون بما يوجب نقضه .

(جلسة ١٩٨٨/١١/٢٩ الطعن ١٤٢٥ لسنة ٥٦ ق)

الصورة هى التى كان التقنين المدنى السابق (م ٣٤٣/٢٧٢) ينص عليها وحدها . (الصورة الثانية) أن يبقى المبيع فى حيازة البائع بعد البيع ، ولكن لا كمالك فقد خرج عن الملكية بعقد البيع ، بل كمستأجر أو مستعير أو مودع عنده أو مرتهن رهن حيازة أو غير ذلك مما يترتب على عقد يتم بين المشترى والبائع بعد البيع ويستلزم نقل حيازة الشئ من المشترى إلى البائع . فبدلا من أن يسلم البائع المبيع للمشترى بموجب عقد البيع ، ثم يعود إلى تسلمه من المشترى بموجب عقد الإيجار أو أى عقد آخر ، يبقى المبيع فى يد البائع بعد أن يتفق الطرفان (١) على أن هذا يعد تسليما من البائع للمشترى ثم إعادة حيازته من المشترى للبائع بموجب العقد الجديد الذى تلى عقد البيع . ويصح أن يكون هذا العقد الجديد عقد بيع ثان أو عقد هبة ، فيبيع المشترى الشئ للبائع بعد أن اشتراه منه أو يهبه إياه ، ومن ثم يبقى الشئ فى حيازة البائع كمالك له ، ولكن بعقد بيع جديد أو بعقد هبة لا على حكم الملك الأصلى (٢) . وهذه الصورة الثانية لم يعرض لها التقنين المدنى السابق ، وشملتها الفقرة الثانية من المادة ٤٣٥ من التقنين المدنى الجديد فيما قدمناه .

وكلتا الصورتين الأولى والثانية ليست إلا تطبيقاً لمبدأ عام فى انتقال الحيازة من شخص إلى آخر انتقالا حكمياً ، وقد ورد هذا المبدأ فى المادة ٩٥٣ مدنى إذ تنص على أنه «يجوز أن يتم نقل الحيازة دون تسليم مادى إذا استمر الحائز واضعاً يده لحساب من يخلفه فى الحيازة، أو استمر الخلف واضعاً يده ولكن لحساب نفسه» (٣) .

وقد أورد التقنين المدنى العراقى صورة ثالثة للتسليم الحكمى يمكن الأخذ بها فى مصر دون نص لأنها تتفق مع القواعد العامة ، فنصت الفقرة الثانية من المادة ٥٤٠ من هذا التقنين على ما يأتى : «وإذا أجره (المشترى) قبل قبضه لغير البائع أو باعه أو وهبه أو رهنه أو تصرف فيه أى تصرف آخر يستلزم القبض ، وقبضه العاقد ، قام هذا القبض مقام قبض المشترى» (٤) . وتتميز هذه الصورة عن صورتى التسليم الحكمى المتقدمتين ، بأن

(١) ويسمى هذا الاتفاق : contitut possessorie (بودرى وسينيا فقرة ٢٩٤).

(٢) وتنص الفقرة الأولى من المادة ٥٤٩ مدنى عراقى فى هذا المعنى على أنه «إذا أجر المشترى المبيع قبل قبضه إلى بائعه ، أو باعه منه ، أو وهبه إياه ، أو رهنه له ، أو تصرف له فيه أى تصرف آخر يستلزم القبض، اعتبر المشترى قابضاً للمبيع» أنظر آنفاً فقرة ٣٠٥ فى الهامش .

(٣) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٦٩ .

(٤) أنظر آنفاً فقرة ٣٠٥ فى الهامش .

فيها انتقالا مادياً لحيازة المبيع . كما تتميز عن التسليم الفعلى ، بأن الحيازة لا تنتقل مادياً إلى المشترى نفسه ، بل إلى شخص آخر يعد نائباً عنه فى تسلم المبيع ، هو شخص تعاقد مع المشترى واستلزم التعاقد أن يقبض المبيع هو أيضاً ، كمستأجر من المشترى أو مستعير أو مودع عنده أو مرتهن رهن حيازة أو مشتر أو موهوب له . فيعد قبض هذا الشخص الآخر قبضاً فعلياً بالنسبة إلى العقد الذى أبرمه مع المشترى ، وقبضاً حكمياً بالنسبة إلى عقد البيع، ويقوم القبض الأول مقام القبض الثانى .

٢ – زمان التسليم ومكانه

٣٠٩ – زمان التسليم : كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد يشتمل على نص يعين زمان تسليم المبيع ، فكانت المادة ٥٧٨ من هذا المشروع تنص على ما يأتى : «يجب أن يتم التسليم فى الوقت الذى حدده العقد ، فاذا لم يحدد العقد وقتاً لذلك وجب تسليم المبيع فى الوقت الذى يتم فيه العقد، مع مراعاة المواعيد التى تستلزمها طبيعة المبيع أو يقتضيها العرف» (١) . وقد حذفت هذه المادة فى لجنة المراجعة «لأنها مستفادة من القواعد العامة» (٢) .

والواقع من الأمر أن هذه المادة المحذوفة يستفاد حكمها فى غير عناء من القواعد العامة المقررة فى الفصل المتعلق بالوفاء ، وتقررها المادة ٣٤٦ مدنى على الوجه الآتى : «١ – يجب أن يتم الوفاء فوراً بمجرد ترتب الالتزام نهائياً فى ذمة المدين ، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك . ٢ – على أنه يجوز للقاضى فى حالات استثنائية ، إذا لم يمنعه نص فى القانون ، أن ينظر المدين إلى أجل معقول أو آجال ينفذ فيها التزامه، إذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم» .

فالأصل إذن أن يتم التسليم فوراً بمجرد انعقاد البيع ، وهذا إذا لم يتفق المتبايعان على

(١) وكان هذا النص يقابل فى التقنين المدنى السابق المادة ٣٤٨/٢٧٧ ، وكانت تجرى على الوجه الآتى: «يجب أن يكون التسليم فى الوجه المعين له فى العقد ، فاذا لم يشترط فيه شئ بهذا الخصوص وجب التسليم وقت البيع مع مراعاة المواعيد المقررة بحسب العرف» . وهذا نص يورد نفس الأحكام التى أوردها المشروع التمهيدى فيما قدمناه ، وإن لم يذكر صراحة المواعيد التى تقتضيها طبيعة المبيع، ولكن هذه يمكن استخلاصها من اتفاق ضمنى بين المتبايعين .

ولا يوجد فى التقنين السورى ولا التقنين الليبى ولا التقنين العراقى نص مقابل، فالقواعد العامة هى التى تسرى كما فى مصر . وينص تقنين الموجبات والعقود اللبنانى فى المادة ١/٤٠٧ على ما يأتى: «يجب أن يكون التسليم فى الوقت المعين له فى العقد ، وإذا لم يعين وقت وجب التسليم على أثر إنشاء العقد مع مراعاة المهل التى تقتضيها ماهية المبيع أو العرف» . وهذا النص يتفق فى حكمه مع حكم التقنين المصرى .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٧١ فى الهامش وص ٧٤ فى الهامش .

ميعاد معين يتم فيه التسليم ، أو كان هناك عرف يقضي بتسليم المبيع في ميعاد معين، أو اقتضت طبيعة المبيع شيئا من الوقت في تسليمه ، أو أمهل القاضي البائع في تسليم المبيع إلى وقت معين لوجود أسباب تبرر هذا الإمهال [1].

والذى يقع عادة أن المتعاقدين يتفقان في عقد البيع على ميعاد التسليم ، فيجب العمل بهذا الاتفاق. فان لم يوجد اتفاق ، فقد يقضى العرف بالتسليم في ميعاد معين ، ويقع ذلك كثيراً في التعامل التجارى حيث يحدد العرف مهلة معينة لتسليم المبيع . فان لم يكن هناك اتفاق ولا عرف، واقتضت طبيعة المبيع تأخير التسليم إلى وقت معين ، كما إذا كان المبيع شيئاً غير معين إلا بنوعه وكان المفهوم أن البائع سيحصل على المقادير المبيعة من السوق ثم يسلمها بعد ذلك للمشترى ، فان طبيعة المبيع هنا تقتضى أن يتأخر التسليم وقتاً معقولا يتيسر فيه للبائع الحصول على المقادير المبيعة من السوق[2]. فان لم يكن هناك اتفاق أو عرف ولم تقتض طبيعة المبيع تأخيراً في التسليم ، وجب أن يكون التسليم فوراً بمجرد انعقاد البيع كما قدمنا، إلا إذا وجدت ظروف تبرر منح القاضى للبائع مهلة في التسليم (1)، كما إذا كان المبيع بضاعة يستوردهـــا البائع وقد تأخرت في

---

(١) نقض مدنى ٣ فبراير سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ٩٣ ص ٢٧٣.

(٢) وإذا سكت المشترى عن دفعات من المبيع متأخرة بسبب أزمة طرأت ، ثم عاد بعد مدة طويلة عندما ارتفعت الأسعار يطالب بالمتأخر لم يحق له ذلك لأن سكوته دليل على نزوله عن حقه (استئناف مختلط ١٩ أبريل سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٢٦٤) . ولا يستحق تعويض عن تأخر البائع في تسليم المبيع إلا بعد الإعذار (استئناف مختلط ٤ مايو سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٣٠٠) . ولا حاجة للإعذار إذا كان البائع قد أرسل البضائع في وقت متأخر مما يتحتم معه تأخرها عن ميعاد التسليم (استئناف مختلط ٢٩ مايو سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٣٦٨) . ولكن الأصل هو ضرورة إعذار البائع المتأخر في التسليم (استئناف مختلط ١٣ فبراير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٧٠ - ٣ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٨٧ - ١٠ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٣٠٦ - ٢١ نوفمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٥٣ - ٤ ديسمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٦٨ ١٩ ديسمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٩٧ - ٢٣ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٦٩).

(1) أ - التعرف على تاريخ تسليم المشترى للمبيع هو من مسائل الواقع التى يستقل بها قاضى الموضوع متى أقام قضاءه على أسباب سائغة لها معينها في الأوراق .

(جلسة ١٩٩٠/٢/١ الطعن ١١٩٦ لسنة ٥٣ ق)

ب - اذا كانت الدعوى مؤسسة على عقد ينشئ التزامات متقابلة في ذمة كل من المتعاقدين ، فأنه يقع على عاتق كل من التزم بالتزام بمقتضاه عبء اثبات قيامه بما تعهد به ، وذلك بغض النظر عما إذا كان هو المدعى أصلا في الدعوى أو المدعى عليه دعما إذا كان قد طلب احالة الدعوى على التحقيق أم لم يطلب واذن فمتى كان الواقع هو أن المطعون عليه اشترى بضاعة من الطاعنين وأقام الدعوى يطلب الزامهما بمبلغ هو قيمة ما لم يتم تسليمه من هذه البضاعة وكان الثابت من الاوراق - أنه لا نزاع في أن المطعون عليه - المشترى - قد قام بالتزامه بدفع الثمن فان الحكم المطعون فيه لا يكون قد خالف القانون إذ القى عبء اثبات تسليم البضاعة على عاتق من يلزمه عقد البيع بذلك وهما الطاعنان باعتبارهما بائعين .

(جلسة ١٩٥٢/١٢/١٨ م ق. م ٦٢ - ٣٥٤)

الطريق وكانت الظروف تشفع للبائع في أن يمنحه القاضى هذه المهلة .

على أنه يلاحظ أن الثمن إذا كان مستحق الدفع ولم يدفعه المشترى ، فللبائع أن يمتنع عن تسليم المبيع حتى يستوفى الثمن [1]، حتى لو منح المشترى نظرة الميسرة. وهو في ذلك يستعمل حق حبس المبيع المقرر له ، والذى سنعرض له تفصيلا فيما يلى.

٣١٠ - مكان التسليم : كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد يشتمل أيضاً على نص يعين مكان تسليم المبيع ، فكانت المادة ٥٧٩ من هذا المشروع تنص على ما يأتى: «١ - يجب أن يتم التسليم في المكان الذى يوجد فيه المبيع وقت تمام العقد، ما لم يتفق على غير ذلك . ٢ - فاذا كان المبيع منقولا ولم يعين محل وجوده، اعتبر موجوداً في موطن البائع» [2]. وقد حذفت هذه المادة أيضا لأنها

---

(١) فلو تسلم المشترى المبيع دون إذن البائع وقبل أن يدفع الثمن الحال، لم يكن ذلك التسلم صحيحاً، وجاز للبائع استرداد المبيع . ولكن إذا هلك المبيع في هذه الحالة وهو في يد المشترى قبل أن يسترده البائع ، كان الهلاك على المشترى (م ٣٤٥/٢٧٤ مدنى سابق ، وهى تطبيق للقواعد العامة فيسرى حكمها دون حاجة إلى نص) .

وإذا اشترط ميعاد لدفع الثمن دون أن يشترط ميعاد لتسليم المبيع، وجب تسليم المبيع فوراً بمجرد البيع وتأخير الثمن إلى حلول أجله (استئناف مختلط ٦ نوفمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ١٤). وإذا حان ميعاد التسليم ولم يتم ، كان البائع مسئولا عن التعويض إلا إذا منعه عن ذلك قوة قاهرة كتأخر طرود البريد بسبب الحرب (استئناف مختلط ١٥ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٠٢ - وعلى البائع إثبات القوة القاهرة (استئناف مختلط ١٢ أبريل ١٩١٦) م ٢٨ ص ٢٥١ - أنظر أيضاً في تأخر البائع في التسليم بسبب القوة القاهرة أو بخطأ منه : استئناف مختلط ٨ مايو سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٣٢٣ - ١٠ مايو سنة ١٩٢٦ م ٢٨ ص ٣٠٦ - ٧ يونيه سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤١٤ - ٢ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٩٦ - ٣٠ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٨٣ - ٧ فبراير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٢١٤).

(٢) وكان هذا النص يقابل في التقنين المدنى السابق المادة ٣٤٦/٢٧٥، وكانت تجرى على الوجه الآتى: «يجب تسليم المبيع في محل وجوده وقت البيع ، ما لم يشترط ما يخالف ذلك» . وهذا الحكم يتفق مع الحكم المقرر في المادة المحذوفة . وكانت المادة ٣٤٧/٢٧٦ من التقنين المدنى السابق تنص على ما يأتى : «إذا تعين في عقد البيع محل لوجود المبيع فيه غير محل وجوده الحقيقى، فيكون هذا التعيين ملزماً للبائع بنقل المبيع إلى المحل المعين إذا طلب المشترى ذلك . وفى حالة ما إذا لم يمكن النقل أو ترتب عليه تأخير مضر بالمشترى ، يكون له الحق في فسخ البيع مع أخذ التضمينات إذا كان البائع حصل منه تدليس» . وهذا النص مجرد تطبيق للقواعد العامة، فيسرى حكمه دون حاجة إلى نص (الأستاذان أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ٣٠١) .

ولا يوجد في التقنين السورى ولا في التقنين الليبى نص مقابل ، فالقواعد العامة هى التى تسرى كما في مصر . وتنص المادة ٥٤١ من التقنين المدنى العراقى على أن : ١ - مطلق العقد يقتضى تسليم المبيع في المحل الذى هو موجود فيه وقت التعاقد . وإذا كان المبيع منقولا ولم يعين محل =

مستفـادة مـن القواعـد العامة» [1].

والنص المحذوف يستفاد حكمه فعلا من القواعد العامة المقررة فى فصل الوفاء، وتقررها المادة ٣٤٧ مدنى على الوجه الآتى : ١ – إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات وجب تسليمه فى المكان الذى كان موجوداً فيه وقت نشوء الالتزام ، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك . ٢ – أما فى الالتزامات الأخرى فيكون الوفاء فى المكان الذى يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء ، أو فى المكان الذى يوجد فيه مركز أعمال المدين إذا كان الالتزام متعلقاً بهذه الأعمال» .

فالأصل إذن، إذا كان المبيع شيئاً معيناً بالذات ، أن يكون التسليم فى المكان الذى يكون هذا الشئ موجوداً فيه وقت انعقاد البيع [2](1). وقد يكون الشئ المعين بالذات منقولا لم يعين مكان وجوده وقت البيع، فالمفروض عندئذ أن المنقول يصحب البائع حيث يقيم، فيكون مكان تسليمه فى موطن البائع أو فى المكان الذى يوجد فيه مركز أعماله إذا كان البيع يتعلق بهذه الأعمال. أما إذا كان المبيع شيئاً غير معين بالذات بل معيناً بنوعه، أو كان حقاً مجرداً حق شخصى حوله الدائن، فان التسليم يكون فى موطن البائع أو فى مركز أعماله إذا كان البيع يتعلق بهذه الأعمال ، وذلك تطبيقاً للقاعدة التى تقضى بأن الدين يسعى إليه (portable) ولا يسعى (quérable). وهذا كله ما لم يتفق المتبايعان

=وجوده ، اعتبر مكانه محل إقامة البائع . ٢ – أما إذا اشترط فى العقد على البائع تسليم المبيع فى محل معين ، لزمه تسليمه فى المحل المذكور» . والنص تطبيق للقواعد العامة ، ويتفق مع الأحكام التى تسرى فى مصر. وتنص المادة ٤٠٥ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى على أنه «يجب تسليم المبيع فى محل وجوده وقت إنشاء العقد ، ما لم يشترط العكس – إذا عين فى عقد البيع محل لوجود المبيع غير المحل الذى يكون فيه حقيقة ، وجب على البائع أن ينقل المبيع إلى المحل المعين إذا طلب المشترى نقله» . وهذا النص أيضاً تطبيق للقواعد العامة ، ويتفق مع الأحكام التى تسرى فى مصر .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٧٢ فى الهامش وص ٧٤ فى الهامش .

(٢) استئناف مختلط ١٠ يناير سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ٧٣ .

(1) النص فى المادة ٤٣١ من القانون المدنى على أن «يلتزم البائع بتسليم المبيع للمشترى بالحالة التى كان عليها وقت البيع» يدل على أن محل التزام البائع بتسليم العين المبيعة إلى المشترى يتحدد بالمبيع المتفق عليه فى عقد البيع وهو فى الشئ المعين بالذات يكون بحسب أوصافة الأساسية المتفق عليها والتى تميزه عن غيره ، كما أن وقوع خطأ مادى فى التسليم فيما يتعلق بماهية المبيع لا يمنع البائع من طلب تصحيحه وفقا لما تقضى به المادة ١٢٣ من القانون المدنى ... ولما كان الحكم لم يعن ببحث ماهية العين التى تم تعاقد المطعون ضد الأولى على شرائها من المطعون ضده الثانى وما إذا كان التسليم الذى تم يتفق مع التحديد المتفق عليه فى العقد أم لا دفاع الطاعن من أن خطأ ماديا وقع فى تسليم المبيع بموجب المحضر المقضى بصحته ونفاذه وطلب الهيئة البائعة تصحيحه ، مع أن من شأن بحثه أن يتغير وجه الرأى فى الدعوى فان الحكم المطعون فيه يكون قد جاء قاصر التسبيب معيبا بالخطأ فى تطبيق القانون . (جلسة ١٢/١/١٩٩٠ الطعن ١٧٣٧ لسنة ٥٧ ق)

على مكان آخر يسلم فيه المبيع ، فيجب حينئذ العمل بهذا الاتفاق . فاذا عين للمبيع مكان وجود غير مكان وجوده الحقيقى ، كان هذا بمثابة اتفاق على أن يكون التسليم فى هذا المكان المعين ، وكان البائع ملزماً بنقل المبيع من مكانه الحقيقى إلى المكان المعين .

٣١١ – زمان تسليم المبيع المصدر ومكانه – نص قانونى : وقد ينص القانون، فى حالات خاصة ، على تعيين زمان التسليم ومكانه . من ذلك نصت عليه المادة ٤٣٦ مدنى، فى خصوص المبيع إذا وجب تصديره للمشترى ، من أنه «إذا وجب تصدير المبيع للمشترى، فلا يتم التسليم إلا إذا وصل إليه ، ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك» [1] .

فاذا كان المبيع يجب تصديره إلى المشترى فى مكان غير المكان الذى هوفيه، كبضائع يشحنها البائع للمشترى، فان القواعد العامة التى قدمناها كانت تقضى بأن يكون التسليم فى مكان محطة الشحن لأنها مركز أعمال البائع المدين بالتسليم، فيتم التسليم فى هذا المكان وفى وقت الشحن . وفى هذا الوقت أيضاً يتم إفراز المبيع إذا كان فى الأصل شيئاً غير معين إلا بنوعه ، فتنتقل الملكية إلى المشترى وتكون تبعة الهلاك عليه فى الطريق . ونرى فى ذلك أن واقعة الشحن هذه كانت ، طبقاً للقواعد العامة ، تحدد وقت إفراز المبيع ووقت نقل ملكيته ووقت التسليم ومكانه ومبدأ انتقال تبعة الهلاك إلى المشترى (1) ولكن المادة ٤٣٦ مدنى المتقدمة الذكر جاءت استثناء من هذه القواعد العامة . فما لم يتفق المتبايعان على أن يكون التسليم عند الشحن أو عند التفريغ وفى هذه الحالة يعمل

(١) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى المادة ٥٧٧ من المشروع التمهيدى على الوجه الذى استر عليه فى التقنين الجديد، وأقرته لجنة المراعة تحت رقم ٤٤٩ من المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٣٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٧١ و ص ٧٣ – وص ٧٤).

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق ، ومن ثم كانت القواعد العامة هى التى تسرى ، فيكون مكان التسليم هو موطن البائع – أى مكان التصدير لا مكان التوريد – لأن البائع هو المدين بالتسليم ، وكذلك زمان التسليم هو زمان الإرسال لا زمان الوصول (أنظر آنفاً فقرة ٢٤٨).

ويقابل النص فى التقنين المدنى السورى المادة ٤٠٤ (مطابقة للتقنين المصرى) – وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٤٢٥ (مطابقة للتقنين المصرى) – ولا مقابل له فى التقنين المدنى العراقى (فتسرى القواعد العامة وهذه تقضى بمكان التصدير وزمان الإرسال) – وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٤٠٦ وتجرى على الوجه الآتى : «إذا كان من الواجب أرسال المبيع من مكان إلى آخر ، فالتسليم لا يتم إلا ساعة وصول المبيع إلى المشترى أو إلى ممثله» . وهذا الحكم يتفق مع حكم التقنين المدنى المصرى الجديد. ويتساند مع المادة ٤٠٦ الآنفة الذكر المادة ٣٩٩ من نفس التقنين اللبنانى ، وتجرى على الوجه الآتى : «يتحمل البائع مخاطر المبيع فى مدة سفره إلى أن يستلمه المشترى ، ما لم يكن هناك نص مخالف» .

(1) أ – مفاد التعاقد بين البائع والمشترى على بيع البضاعة فوب F.O.B أن يتم تسليم البضاعة فى ميناء القيام منذ شحنها على ظهر السفينة ، وأن تبرأ منذ ذلك الوقت ذمة البائع من الالتزام بالتسليم وتنتقل ملكية البضاعة إلى الشركة المشترية التى تلتزم وحدها بمخاطر الطريق ، ويقع على عاتقها عبء التعاقد على نقل البضاعة من ميناء الشحن إلى ميناء الوصول والتأمين عليها، إلا أنه =

بهذا الاتفاق ، فان النص يقضى بأن يكون التسليم عند وصول المبيع إلى المشترى أى عند التفريغ، ويكون ذلك فى موطن المشترى الذى هو دائن بالتسليم ، لا عند الشحن الذى هو موطن البائع وهو المدين بالتسليم .

ومن ثم يجب التمييز فى هذا الصدد بين الشئ المعين بالذات والشئ المعين بنوعه. فاذا كان المبيع المصدر منقولا معيناً بالذات، انتقلت ملكيته إلى المشترى بمجرد البيع، وكان زمان التسليم ومكانه عند التفريغ وفى محطة الوصول، وكانت تبعة هلاكه على البائع قبل التسليم، فيكون خطر الهلاك فى الطريق على البائع لا على المشترى. أما إذا كان المبيع شيئاً معيناً بنوعه ، ويغلب أن تكون بضاعة يصدرها تاجر إلى تاجر آخر، فان ملكية البضاعة لا تنتقل إلا بالإفراز ، والإفراز يتم عند التسليم. وزمان التسليم يكون فى هذه الحالة أيضاً وقت التفريغ [(١)]، ومكانه محطة الوصول. فتنتقل الملكية إذن عند التفريغ، ولما كان خطر هلاك البضائع التى تخرج من مخزن البائع فى الطريق على من يملكها (٩٤ تجارى)، فان تبعة الهلاك تكون على البائع إذ هو المالك إلى أن تصل البضائع محطة التفريغ [(٢)] .

=ينيب البائع فى إبرام هذا التعاقد لمصلحتها بوصفه وكيلا عنها .

(جلسة ١٩٧٤/١٢/٣ الطعن ٢٠٥ لسنة ٣٩ ق س ٢٥ ص ١٣١٥)

(جلسة ١٩٧٣/٤/٣ الطعن ٩٣ لسنة ٣٨ س ٢٤ ص ٥٥٩)

(جلسة ١٩٦٦/١٢/٢٧ الطعن ٦٤ لسنة ٣٠ ق س ١٧ ص ١٩٧٩)

ب - البيعه «سيف C.I.F» هو بيع البضاعة لدى الشحن نظير ثمن اجمالى شامل لقيمة المبيع وأجرة النقل والتأمين، يتم تسليم البضاعة عن الشحن وتنتقل ملكيتها إلى المشترى بوصفها على ظهر السفينة.

(جلسة ١٩٧٣/١٢/٢٧ الطعن ٢١٠ لسنة ٣٨ ق س ٢٤ ص ١٣٦٣)

(جلسة ١٩٧٣/٥/١٩ الطعن ٢٦١ لسنة ٣٧ ق س ٢٤ ص ٧٩١)

(جلسة ١٩٥٩/١٢/١٠ الطعن ٢٣١ لسنة ٢٥ ق س ١٠ ص ٧٨٣)

(١) ويراعى المألوف والعرف فى تقدير الزمن الذى تصل فيه البضاعة المصدرة (استئناف مختلط ٢٨ مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٦٩) ، فتأخر نحو شهرين فى وصول البضاعة المصدرة من ميناء بعيد يكون مغتفراً (استئناف مختلط ١٣ فبراير سنة ١٩٠٢م ١٤ ص ١٣١) . وتحديد زمن الوصول مع اقتران التحديد بتحفظ ، كأن يقول «إذا أمكن» ، لا يغتفر فيه أن يكون الزمن ثلاثة أضعاف المألوف (استئناف مختلط ٢٤ أبريل سنة ١٩٠٢ م ٧٤ ص ٢٦٤) . وإذا اشترط المشترى وصول البضاعة فى وقت معين وإلا كان البيع مفسوخاً ، كان للمشترى الحق فى رفض البضاعة التى وصلت بعد الميعاد ، وليس عليه إعذار البائع (استئناف مختلط ١٤ فبراير سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٢٤).

(٢) أنظر آنفا فقرة ٢٤٨ - وانظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٧٢ .

٣ - نفقات التسليم

٣١٢- نفقات تسليم المبيع على البائع: وكان المشروع التمهيدى يشتمل كذلك على نص يعين من تكون عليه نفقات تسليم المبيع، فكانت المادة ٥٨٠ من هذا المشروع تنص على أن «نفقات التسليم على البائع إلا إذا وجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك، ويدخل فى هذه النفقات ما صرف على المبيع فى نقله إلى مكان التنفيذ وفى مقاسه ووزنه وحزمه»[(١)] وقد حذفت هذه المادة هى أيضا «لأنها مستفادة من القواعد العامة»[(٢)] .

والنص المحذوف يستفاد حكمه فعلا من القواعد العامة ، وتقررها المادة ٣٤٨ مدنى فى فصل الوفاء على الوجه الآتى : «تكون نفقات الوفاء على المدين ، إلا إذا وجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك» .

فالأصل إذن أن البائع - وهو المدين بالتسليم - هو الذى يتحمل نفقاته . ويدخل فى هذه النفقات مصروفات الوزن والمقاس والكيل والعد إذا كان المبيع لا يفرز إلا بأحد هذه الطرق، فإن الإفراز عملية ضرورية للتسليم تسبقه وتمهد له . ويدخل أيضاً فى نفقات التسليم مصروفات حزم المبيع ونقله إلى مكان التسليم إذا لم يكن هذا المكان حيث يوجد المبيع فعلا ووجب نقله إلى مكان آخر . ويدخل كذلك فى نفقات التسليم مصروفات إرسال مفاتيح الدار المبيعة ، أو مفاتيح المكان الذى يوجد فيه المبيع ، إلى المشترى . وإذا كان على المبيع تكاليف تحملها البائع كما إذا كان بضاعة مستوردة ويجب دفع الرسوم الجمركية عليها حتى يتسلمها البائع ليسلمها للمشترى ، فتكون الرسوم الجمركية على البائع [(٣)] . وكل مصروفات أخرى يستلزمها وضع المبيع

---

(١) ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادة ٣٥٥/٢٨٣ ، وكانت تجرى على الوجه الآتى : «على البائع مصاريف تسليم المبيع ، كأجرة نقله لمحل التسليم وأجرة كيله ومقاسه ووزنه وغير ذلك». وهذا الحكم يتفق مع حكم النص المحذوف .

ولا مقابل للنص لا فى التقنين السورى ولا فى التقنين الليبى ، فتسرى القواعد العامة كما فى مصر، وتكون مصروفات التسليم على البائع إذا لم يكن اتفاق أو عرف مخالف. وفى التقنين المدنى العراقى تنص المادة ٥٤٢ على أن «تكاليف تسليم المبيع كأجرة الكيل والوزن تلزم البائع وحده، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك» . وهذا الحكم يتفق مع القواعد العامة . وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى تنص المادة ٤١٢ على أن «يتحمل البائع - إذا لم يكن نص أو عرف مخالف - : أولا - مصاريف التسليم كأجرة القياس أو الوزن أو العد أو تعيين الحجم - ثانياً - المصاريف اللازمة لإنشاء الحق أو نقله إذا كان المبيع غير مادى» . وهذه الأحكام تتفق مع أحكام القانون المصرى .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٧٣ - ص ٧٤ .

(٣) فاذا زادت الرسوم الجمركية فى الفترة ما بين البيع ودفع هذه الرسوم ، لم يكن للبائع حق فى زيادة الثمن ، كما أنها إذا نقصت لم يكن للمشترى حق فى أنقاص الثمن (قارب بلانيول وريبير وهامل ١٠ ص ٧٩ هامش ١) .

تحت تصرف المشترى حتى يتم التسليم تكون على البائع .

وهذا إذا لم يكن هناك اتفاق أو عرف يجعل مصروفات التسليم على المشترى على البائع . فأجرة عداد النور أو المياه مثلا – وهى مصروفات لإفراز المبيع – تكون فى الأصل على البائع ، أى على شركة النور أو شركة المياه [١] ، ولكن كثيراً ما يقضى الاتفاق بأن تكون أجرة العداد على المستهلك . كذلك قد يقضى العرف بأن يكون الوزن والكيل ونحو ذلك على المشترى لا على البائع ، أو مناصفة بين المشترى والبائع .

٣١٣ – نفقات تسلم المبيع على المشترى – احالة . وسنرى أنه إذا كان تسليم المبيع التزاماً فى ذمة البائع ، فان تسلمه التزام فى ذمة المشترى (م ٤٦٤ مدنى) . ومن لم تكون مصروفات التسلم – كمصروفات نقل المبيع من مكان التسليم إلى الجهة التى يريدها المشترى ورسوم المرور والترانزيت والدخولية وغير ذلك – على المشترى لا على البائع، إلا إذا وجد اتفاق أو عرف يجعل هذه المصروفات على البائع . وسنعود إلى ذلك عند الكلام فى تسلم المشترى للمبيع [٢].

المطلب الثالث

الجزاء على الأخلال بالتزام التسليم

(تبعة هلاك المبيع أو تلفه قبل التسليم)

٣١٤– التنفيذ العينى أو الفسخ مع التعويض في الحالتين: وإذا أخل البائع بالتزام التسليم على النحو الذى قدمناه ، فامتنع عن التسليم، أو سلم المبيع فى غير الحالة التى كان عليها وقت البيع ، أو تأخر فى التسليم عن زمانه، أو أراد تسليم المبيع فى غير مكانه، أو ارتكب أية مخالفة أخرى لأحكام التسليم التى سبق أن بسطناها [٣]، فان المشترى

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٧٣ .

(٢) أنظر ما يلى فقرة ٤٢٤ .

(٣) كأن يكون البائع لم يف بالثمن إلى بائعه فلم يتمكن من أخذ المبيع وتسليمه للمشترى (استئناف مختلط ١١ نوفمبر سنة ١٩٠٣ م ١٦ ص ٥) ، أو كأن يكون البائع قد تصرف فى المبيع ولا يمكنه الحصول على مثله ، وفى هذه الحالة إذا أخطر البائع المشترى بذلك لم تعد هناك حاجة لأن يعذر المشترى البائع (استئناف مختلط ٢٣ مارس سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٦٧) ، أو كأن يكون البائع لم يسلم ملحقات المبيع (استئناف مختلط ١٤ نوفمبر سنة ١٩٠١ م ١٤ ص ١٤) .

ويستحق التعويض بمجرد ثبوت أن سعر البضاعة وقت التسليم أعلى من الثمن (استئناف مختلط ٢ فبراير سنة١٩١٦- م ٢٨ ص ١٣٥). ويعتد بالسعر وقت وجوب التسليم لا وقت المطالبة التى قد تتأخر (استئناف مختلط ١٤ مايو سنة١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٧٦ -١٤ مارس سنة١٩١٧ م٢٩ ص ٢٩٥ =

يستطيع أن يطالبه بالتنفيذ العينى إذا كان ذلك ممكنا[1]،كما يستطيع أن يطلب فسخ البيع وللقاضى سلطة تقديرية فى إجابته إلى طلبه، وله أن يطلب فى الحالتين تعويضاً عما عسى أن يكون قد أصابه من الضرر من جراء إخلال البائع بالتزامه[١][2]. وكل هذا يكون

= – ٩ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٣٨) . وإذا وجب تسليم المبيع على دفعات، نظر إلى وقت وجوب التسليم بالنسبة إلى كل دفعة (استئناف مختلط ٢١ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٠٩). ويجب على البائع الحصول على المبيع (التغطية) وقت وجوب التسليم وإلا تحمل الفرق (استئناف مختلط ٢ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١١٨). والتعويض عن تأخر البائع فى تسليم المبيع هو ثمرات المبيع من وقت البيع إلى وقت التسليم بعد خصم فوائد ما تبقى من الثمن غير مدفوع (استئناف مختلط ١٢ مايو سنة ١٩٢١ م٣٣ ص ٣٢٧). وفى بيع القطن إذا اشترط المشترى عند عدم التسليم مبلغاً معيناً أو دفع الفرق فى السعر ، لم يجز للمشترى أن يجمع بين التعويضين بل عليه أن يختار أحدهما، وفى حساب الفرق فى السعر يجب الاعتداد باليوم الذى كان يجب تسليم القطن فيه (استئناف مختلط ٦ مايو سنة ١٩٢٦ م٣٨ ص ٣٥٩ – ٣١ مارس سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٣٦٤).

(1) يشترط طبقا للمادة ٢٠٣ من القانون المدنى لاجبار المدين البائع على تنفيذ التزامه بتسليم العين المبيعة إلى المشترى أن يكون هذا التسليم ممكنا فإذا كانت هذه العين مملوكة للبائع وقت انعقاد البيع ثم تعلقت بها ملكية شخص آخر تعلقاً قانونيا استحال الوفاء بهذا الالتزام عينا للمشترى الأول .

(جلسة ١٩٨٤/١٢/١٦ الطعن ٥٢٠٩ لسنة ٥١ ق س ٣٥ ص ٢١١١)

(جلسة ١٩٧٠/١٢/١٧ الطعن ٢٢٦ لسنة ٣٦ ق س ٢١ ص ١٢٥٥)

(2) أ – إذا التزم البائع بتسليم المبيع فى ميعاد معين ، وكان موضع اعتبار المتعاقدين . فإن تأخره فى تنفيذ الالتزام عن الموعد المحدد يستوجب مساءلته قبل المشترى بالتعويض عن الاضرار التى تكون قد لحقت به من جراء هذا التأخير حتى ولو كان التسليم قد تم فيما بعد وذلك لوقوع الاخلال به فى حينه وتحقق الضرر فعلا نتيجة له بما لا يجدى تداركه أو جبره التسليم اللاحق وهو ما يضحى معه تنفيذ الالتزام فى شقه المتعلق بالتسليم فى الميعاد المحدد غير ممكن بفعل المدين .

(جلسة ١٩٨٤/١٢/١١ الطعن ٢١٩٦ لسنة ٦١ ق)

ب – لا يجد فى ادعاء الطاعنه (الشركة البائعة) بأن عقد البيع (ومحله أرض أكلها النهر) قد انفسخ لاستحالة تنفيذه بصدور القانون رقم ١٩٢ لسنة ١٩٥٨ فى شأن طرح النهر وأكله ، لأن وان كان هذا القانون منع تسليم أرض من طرح النهر لأصحاب أرض أكلها النهر وقصر التعويض عنها على ما يعادل قيمة الأرض، إلا أن ذلك ليس من شأنه ان يحرم المشترى من حقه فى الحصول على مقابل عن هذه الأرض.

(جلسة ١٩٧٠/٥/٢٦ الطعن ٢٣ السنة ٣٦ ق س ٢١ ص ٩٠٠)

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن للمشترى عند تأخر البائع فى التسليم الخيار بين التنفيذ العينى أو طلب الفسخ مع التضمينات فى الحالتين. وليس فى رفع الدعوى بأن من هذين الطلبين نزول عن الطلب الآخر. وليس للبائع أن يحتج بأن المشترى لم يدفع الثمن مع أن المتفق عليه دفع الثمن قبل التسليم إذا كان الثابت أن البائع لم يبد استعداده للتسليم حتى بعد أنذاره من المشترى، أن المشترى على استعداد لدفع كامل الثمن عند تسلمه المبيع بالسعر المتفق عليه كما اشترط فى البيع (نقض =

طبقا للقواعد العامة التى قررناها فى نظرية العقد وفى نظرية تنفيذ الالتزام [1] . فإذا تأخر

=مدنى ١٨ ديسمبر سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٣٨ ص ٢٣٣) . وقضت أيضاً بأنه متى كانت المحكمة إذ قضت برفض الدعوى التى أقامها الطاعن بطلب فسخ البيع قد أقامت قضاءها على أن الدقيق موضوع البيع شحن سليماً غير مصاب بالتلف الذى وجد به عند تحليله ، وأن التأخير فى تفريغ شحنة السفينة وفى وصول وثائق الرسالة كان راجعاً إلى ظروف الحرب ، وأن البائعة بمجرد علمها بتفريغ الدقيق لم تأل جهداً فى سبيل الحصول على إذن تسليم يحل محل حافظة الشحن الذى تأخرت، وأن هناك عوامل تجمعت ولم يكن للبائعة دخل فيها حالت دون وصول الدقيق إلى المشترى وسببت تأخير البدء فى عملية التخليص ، وأنه على فرض هطول أمطار غزيرة أثناء تخزين الدقيق فى العراء لدى شركة الاستيداع وكانت من عوامل زيادة تلفه فلا يصح أن تسأل عنه البائعة لأنه هكذا كان نظام التخزين فى العراء بحكم الضرورة فى ذلك الوقت ، فهذا تحصيل موضوعى سائغ (نقض مدنى ٢٢ مايو سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٦٧ ص ١٠٨٨) .

ولا يجوز للمشترى فسخ البيع أو طلب تعويض لتأخر البائع فى التسليم إلا إذا أعذر البائع (استئناف مصر ٢١ مارس سنة ١٩٣٥ المجموعة الرسمية ٣٦ رقم ٦ ص ١٤٠ - استئناف مختلط ١٦ مايو سنة ١٨٨٩ م ١ ص ٢٠٢ - ٢٠ يونية سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٣٤٧ - ١٨ أبريل سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٢٧٦ - ١٧ نوفمبر سنة ١٨٩٧ م ١٠ ص ١١ - ١٧ مارس سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٠٣ - ١١ أبريل سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٤٥ - ١٣ ديسمبر سنة ١٩٤٤ م ٥٧ ص ٢٤) . فإذا لم يعذر المشترى البائع ورفع عليه دعوى الفسخ والتعويض ، ولم يتمسك البائع بعد الإعذار بل ناقش المشترى فى نتائج عدم تنفيذه لالتزامه ، لم يعد للبائع بعد ذلك الحق فى التمسك بعدم الإعذار (استئناف مختلط ١٦ مارس سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١٧٨) . وإذا رفع المشترى دعوى الفسخ وجب عليه أيضاً طلب التعويض، فلا يستبقى دعوى التعويض إلى دعوى مستقلة يرفعها بعد دعوى الفسخ (استئناف مختلط ٢٠ يونيه سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٣٤٨) . ولا يجوز للمشترى طلب الفسخ إذا كان إخلال البائع بالتزامه إخلالا غير جسيم ، كما إذا تأخر فى تسليم مستندات ملكية المبيع (استئناف مختلط ١٨ فبراير سنة ١٩٠٩م ٢١ ص ٢٠٤ - ٢٠ فبراير سنة ١٩١٣ م ٥٢ ص ١٩٣ - أول أبريل سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٥٨)، أو سلم أكثر المبيع بعد انقضاء ميعاد التسليم (استئناف مختلط ١٦ مايو سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ١٢٦). وإذا كان البائعون متعددين وكانوا متضامنين فى التزاماتهم نحو المشترى ، وحصل المشترى على فسخ البيع لأخلالهم بهذه الالتزامات ، كانوا متضامنين فى التعويض المستحق للمشترى (استئناف مختلط ٢١ مايو سنة ١٩٠١م ١٣ ص ٣١٩).

(١) وقد يتفق المتبايعان فى عقد البيع على أنه إذا تأخر البائع فى تسليم المبيع كان للمشترى فسخ العقد، ومثل هذا الاتفاق يجعل الفسخ من خيار المشترى ، فإذا اختاره أجابه القاضي إلى طلبه وفقاً للقواعد المقررة فى هذا الشأن ، ولكن يجوز ألا يختار المشترى الفسخ فى هذه الحالة ويعدل عنه إلى طلب التنفيذ (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٨٢ - الأستاذ عبدالفتاح عبدالباقى فقرة ١٢٦ ص ٢٠٠ - ص ٢٠١) . وقد يكون البيع عقد توريد ، فيورد البائع السلعة للمشترى بكميات معينة فى أوقات دورية ، فلا يتناول الفسخ ما سبق توريده من الكميات إلا إذا كان العقد غير قابل للتجزئة (أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٤ ص ٥٢ - دى باج ٤ فقرة ١٠٤ - أنسيكلوبيدى داللوز vente فقرة ١١٨٤ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ١٥٥ مكررة ص ٢٦٩) . وإذا رفع المشترى دعوى الفسخ لتأخر البائع فى التسليم، ثم عرض البائع أن يسلم المبيع ، فإن هذا العرض لا يتحتم معه رفض دعوى الفسخ (استئناف مختلط ٥ مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٧١) .

البائع عن التسليم مثلا ، كان للمشترى أن يطالبه بالتعويض عما أصابه من ضرر بهذا التأخر [1]، كأن يكون المبيع بضائع رخص سعرها عند تسلم المشترى إياها متأخرة وكان يستطيع بيعها بثمن أعلى لو أنه تسلمها فى الميعاد [2]. بل يجوز للمشترى ، طبقاً للقواعد العامة ، أن يشترى البضائع التى امتنع البائع عن تسليمها ، ويكون ذلك على نفقة البائع . ويحصل البائع على إذن من المحكمة قبل الشراء ، وعند الاستعجال يجوز له دون إذن ، لكن بعد إعذار البائع ، أن يشترى البضائع على نفقته [3].

ولما كان الالتزام بالتسليم التزاما بتحقيق غاية كما قدمنا ، فان البائع إذا لم يسلم المبيع للمشترى ، حتى لو كان ذلك راجعاً إلى سبب أجنبى ، كما إذا هلك المبيع أو تلف بقوة قاهرة أو حادث فجائى ، فان البائع يكون مع ذلك لم يقم بالتزامه بالتسليم فيصبح مسئولا عن ذلك . ومن ثم تكون تبعة هلاك المبيع أو تلفه قبل التسليم على البائع لا على المشترى، وهذا ما ننتقل الآن إليه ، فنستعرض حالة هلاك المبيع هلاكا كليا ، ثم حالة هلاكه هلاكا جزئياً أو نقص قيمته لتلف أصابه [4].

١ - تبعة الهلاك الكلى قبل التسليم

٣١٥ - النصوص القانونية : تنص المادة ٤٣٧ من التقنين المدنى على ما يأتى :

«إذا هلك المبيع قبل التسليم لسبب لا يد للبائع فيه ، انفسخ البيع واسترد المشترى الثمن، إلا إذا كان الهلاك بعد إعذار المشترى لتسلم المبيع» [5].

(١) استئناف مختلط ٣١ يناير سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ١٣٤ - ٢٤ أبريل سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٦٤ - ٣ يونية سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٣١ - ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٠٤ م ١٧ ص ١٠ - ٨ أبريل سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١٦٥ - ١٥ أبريل سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١٧٧) .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن للمشترى الذى باع العين التى اشتراها بأزيد من الثمن الذى اشترى به أن يرجع على البائع فى حالة الحكم بفسخ البيع ، ليس فقط بالثمن الذى دفعه إليه، بل بالتضمينات أيضاً . ومن ضمن هذه التضمينات الفرق بين الثمن الذى اشترى به والثمن الذى باع به للغير (استئناف وطنى ٢ ديسمبر ١٩١٤ الشرائع ٢ رقم ٢/١٢٠ ص ١١٦).

(٣) على أنه لا يجوز للمشترى أن ينتظر مدة طويلة ، حتى إذا ما ارتفع السعر طالب بالتنفيذ العينى ، بل يعتبر انتظاره هذه المدة الطويلة بمثابة عدول منه عن طلب التنفيذ العينى إلى طلب الفسخ (استئناف مختلط ١٠ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٥٩ - أول أبريل سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١٤٧) .

(٤) وينقضى بالتقادم التزام البائع بالتسليم ، ومدة التقادم خمس عشرة سنة من وقت نفاذ الالتزام بالتسليم (استئناف مختلط أول يونيه سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١٧٢ - ٣ يونية سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٨٠).

(٥) **تاريخ النص**: ورد هذا النص فى المادة ٥٨١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد. وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم٤٥٠ من المشروع النهائى. ووافق عليه مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم٤٣٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية٤ ص٧٥ ص٧٦) .

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادة ٣٧١/٢٩٧ (١) .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٤٠٥ – وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٤٢٦ – وفى التقنين المدنى العراقى المادتين ٥٤٧ – ٥٤٨ – وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المواد ٣٩٦ – ٤٠٠ (٢) .

---

(١) التقنين المدنى السابق : م ٣٧١/٢٩٧ : إذا هلك المبيع قبل التسليم ولو بدون تقصير البائع أو إهماله، وجب فسخ البيع ورد الثمن إن كان دفع ، إلا إذا كان المشترى قد دعى لاستلام المبيع بورقة رسمية أو بما يقوم مقامها أو بمقتضى نص العقد .

(والحكم يتفق مع حكم التقنين الجديد . ومع ذلك أنظر المادة ٣٠٧/٢٤١ مدنى سابق، وكانت تجعل تبعة الهلاك فى الشئ غير المعين إلا بنوعه على المشترى بعد الإفراز ، ولكن لما كان يغلب أن يتم الافراز وقت التسليم ، فقد كانت تبعة الهلاك هنا أيضاً تنتقل للمشترى عند التسليم فى الغالب . الأستاذ محمد على إمام فقرة ١٨٧ ص ٣١٤) .

(٢) **التقنينات المدنية العربية الأخرى** : التقنين المدنى السورى م ٤٠٥ (مطابقة للمادة ٤٣٧ من التقنين المدنى المصرى – وأنظر فى القانون المدنى السورى الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ١٣٤) .

التقنين المدنى الليبى م ٤٢٦ (مطابقة للماد ٤٣٧ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى م ٥٤٧ : ١ – إذا هلك المبيع فى يد البائع قبل أن يقبضه المشترى يهلك على البائع ولا شئ على المشترى ، إلا إذا حدث الهلاك بعد إعذار المشترى لتسلم المبيع : وإذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف أصابه ، فالمشترى مخير بين فسخ البيع وبين بقائه مع إنقاص الثمن ،
٢ – على أنه إذا كان هلاك المبيع أو نقص قيمته قبل التسليم قد حدث بفعل المشترى أو بفعل البائع ، وجب دفع الثمن كاملا فى الحالة الأولى والزام البائع بالتعويض فى الحالة الثانية .

م ٥٤٨ : ١ – ما يقبض على سوم الشراء مع تسمية الثمن إذا هلك أو ضاع فى يد القابض ، لزمه الضمان. أما إذا لم يسم له ثمن كان أمانة فى يده ، فلا يضمن إذا هلك أو ضاع دون تعد أو تقصير منه.

٢ – وما يقتض على سوم النظر ، سواء بين ثمن.ه أو لم يبين ، يكون أمانة فى يد القابض ، فلا يضمن إذا هلك دون تعد .

(وهذه الأحكام متفقة مع أحكام التقنين المصرى – ويزيد التقنين العراقى بأن يبين من يتحمل تبعة الهلاك فى القبض على سوم الشراء والقبض على سوم النظر ، مستمداً ذلك من أحكام الفقه الإسلامى. وأنظر فى القانون المدنى العراقى الأستاذ حسن الذنون فقرة ١٩١ – فقرة ١٩٣ والأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٤٠٩ فقرة ٤٣٤) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٣٩٦ : يجب على المشترى منذ صيرورة العقد تاماً – ما لم يكن ثمة نص مخالف – أن يتحمل : أولا ... ثالثاً – مخاطر العين المعينة .

م ٣٩٧ : إذا انعقد البيع على شئ معين بنوعه فقط ، أو انعقد على شرط الوزن أو العد أو القياس أو التجربة أو الذوق ، أو انعقد بمجرد الوصف ، فالبائع يبقى متحملا مخاطر المبيع وإن كان قد أصبح بين يدى المشترى ، إلى أن يعين أو يوزن أو يعد أو يقاس أو إلى يقبله الشارى أو ممثله . =

٣١٦ – تحمل البائع تبعة الهلاك قبل التسليم مترتب على التزامه بالتسليم : قدمنا أن التزام البائع بتسليم المبيع هو التزام بتحقيق غاية ، لأنه التزام متفرع عن التزامه بنقل ملكية المبيع ، ويترتب على أن الالتزام بالتسليم التزام بتحقيق غاية أن تبعة هلاك المبيع قبل التسليم تكون على البائع ، ولو كان المشترى قد أصبح مالكاً للمبيع قبل هلاكه .

وقد قدمنا فى الجزء الثانى من الوسيط (١) أن الالتزام بالتسليم قد يكون التزاما مستقلا، أى غير متفرع من التزام الملكية ، كالتزام المؤجر بتسليم العين المؤجرة للمستأجر والتزام المستأجر بردها للمؤجر ، وفى هذه الحالة يكون هلاك الشئ الواجب التسليم على مالكه ولو هلك قبل التسليم . فاذا هلكت العين المؤجرة قبل أن يسلمها المؤجر للمستأجر، فانها تهلك على المؤجر باعتباره المالك . وكذلك إذا هلكت هذه العين قبل أن يردها المستأجر للمؤجر ، فانها تهلك على المؤجر أيضاً باعتباره المالك . ذلك أن الأصل فى الهلاك أن يكون على المالك (res perit domino) ، فهو الذى يكسب الغنم ، وهو الذى يتحمل الغرم .

لكن إذا كان الالتزام بالتسليم التزاماً تبعياً متفرعاً عن الالتزام بنقل الملكية كالتزام البائع بتسليم المبيع إلى المشترى، فالأصل أن الهلاك (٢) (1) يكون على المدين بالتسليم

= م ٣٩٨ : إذا كان البيع تخييرياً وقد عينت مهلة للاختيار ، فالشارى لا يتحمل المخاطر إلا بعد وقوع الاختيار ، ما لم يكن ثمة نص مخالف .

م ٣٩٩ : يتحمل البائع مخاطر المبيع فى مدة سفره إلى أن يتسلمه المشترى ما لم يكن هناك نص مخالف.

م ٤٠٠ : إذا بيع ثمر على شجر أو منتجات بستان أو محصول لم يحن وقت اجتنائه ، فالثمر أو البقول تبقى ضمان البائع إلى أن يتم النضوج .

أنظر أيضاً المادتين ٤١٥ – ٤١٦ من التقنين اللبنانى وسيأتى ذكرهما . (وأحكام التقنين اللبنانى تختلف عن أحكام التقنين المصرى ، وتتفق مع أحكام التقنين الفرنسى ، فى أنها تجعل تبعة الهلاك قبل التسليم على المشترى ، إلا إذا كان المبيع لم يتعين أو لم يقبله المشترى نهائيا) .

(١) الوسيط جزء ٢ فقرة ٤٣٠ – فقرة ٤٣١ .

(1) الهلاك المنصوص عليه فى المادة ٤٣٧ من القانون المدنى هو – على ما جرى قضاء محكمة النقض – زوال الشئ المبيع من الوجود بمقوماته الطبيعية ومن ثم فان استيلاء الاصلاح الزراعى – بعد البيع – على قدر من الأطيان المبيعة لا يعد هلاكا لهذا القدر تجرى عليه احكام الهلاك فى البيع.

(جلسة ١٩٦٦/٢/١ الطعن ٣٧٧ لسنة ٣٠ ق س ١٧ ص ٢٠٥)

(جلسة ١٩٧١/٢/١٦ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٢ ص ١٨٨)

(جلسة ١٩٧٧/٤/٥ مجموعة احكام النقض السنة ٢٨ ص ٩٠٩)

(٢) ويراد بالهلاك زوال المبيع من الوجود بمقوماته الطبيعية وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأن بيع البضاعة المتعاقد عليها بأمر من القضاء المستعجل خشية تلفها، حتى يفصل فى النزاع القائم بين الطرفين بشأن الصادر بينهما، لا يؤدى إلى انفساخ هذا العقد، ولا يسوغ فى ذاته الفسخ، إذ بيع=

أى على البائع ، لا على المشترى وهو الدائن بالتسليم ولو أنه أصبح مالكاً للمبيع بانتقال ملكيته إليه قبل أن يتسلمه . ويبرر الانحراف هنا عن القاعدة التى تقضى بأن يكون الهلاك على المالك أن الالتزام بالتسليم ، وهو متفرع عن الالتزام بنقل الملكية ، ليس فى حقيقته إلا التزاماً مكملا للالتزام بنقل الملكية ، إذ لا تخلص الملكية فعلا للمشترى إلا بالتسليم . ومن ثم كان الهلاك على البائع ، وهو مدين بنقل الملكية وبالتسليم معاً . وقد طبق التقنين المدنى الجديد هذه القاعدة على العقود الناقلة للملكية كالبيع والشركة . وقد رأينا النص الوارد فى البيع ، أما فى الشركة فقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٥١١ مدنى أنه «إذا كانت حصة الشريك حق ملكية أو حق منفعة أو أى حق عينى أخر ، فان أحكام البيع هى التى تسرى فى ضمان الحصة إذا هلكت ...»(١) .

٣١٧ – هلاك المبيع بفعل البائع أو بفعل المشترى قبل التسليم : ونفرض فيما قدمناه أن المبيع هلك قبل التسليم بقوة قاهرة أو بحادث فجائى . أما إذا هلك بفعل البائع، فان هذا يبقى من باب أولى مسئولا عن الهلاك ، بل يكون أيضاً مسئولا عن تعويض المشترى عما أصابه من الضرر ولا يقتصر على رد الثمن(٢) . وأن هلك المبيع قبل التسليم بفعل

= البضاعة على هذا الوجه لا يقاس بهلاك الشئ المبيع الموجب لانفساخ عقد البيع . ذلك أن الهلاك الذى نصت عليه المادة ٢٩٧ من القانون المدنى القديم المقابلة للمادة ٤٣٧ من القانون الجديد هو زوال الشئ المبيع من الوجود بمقوماته الطبيعية بسبب آفة سماوية أو حادث مادى بفعل إنسان . أما بيع الشئ بأمر القضاء المستعجل خشية التلف ، فهو إجراء وقتى قصد به صيانة الشئ المبيع من الهلاك وحفظ قيمته لحساب من يقضى بالتسليم إليه ، ونقل النزاع الذى كان دائراً حول عين معينة إلى بديلها وهو الثمن المتحصل من بيعها وهو الذى ينصرف إليه أمر عقد البيع (نقض مدنى ٢١ فبراير سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٢٠ ص ١٥٨).

(١) إما التقنين المدنى الفرنسى (م ١١٣٨ و م ١١٦٤) فلم يميز بين التزام بالتسليم مستقل والتزام بالتسليم متفرع عن الالتزام بنقل الملكية ، ففى الحالتين جعل الهلاك قبل التسليم على المالك أى على المشترى (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٨٠) – انظر فى تعليلات أخرى فى القانون الفرنسى لجعل الهلاك على المشترى ، فيقال تارة أن الهلاك على الدائن بالتسليم وهو المشترى ، ويقال تارة أخرى أن الغرم بالغنم فمادام المشترى يفيد من زيادة المبيع فكذلك يتحمل تبعة هلاكه : أنسيكلوبيدى داللوز ٥ لفظ vente فقرة ٦٧ – الأستاذ منصور مصطفى منصور ص ١٤٣ هامش ١) . ويبدو أن التعليل المقبول فى القانون الفرنسى لجعل الهلاك على المشترى هو القاعدة التى تقضى بأن الهلاك على المالك(res perit domino) . ففى القانون الفرنسى التزام البائع الرئيسى هو التزام بنقل الملكية، وقد انفصل عنه الالتزام بالتسليم وأصبح ثانوياً بالنسبة إليه ، فلا يصح أن ينفسخ العقد لعدم تنفيذ هذا الالتزام الثانوى ما دام الالتزام الأصلى بنقل الملكية قد نفذ فأصبح المشترى مالكاً للمبيع ، وباعتباره مالكاً له يتحمل تبعة هلاكه .

(٢) ولكن إذا أهمل البائع إهمالا يسيراً تسبب عنه نقص فى المبيع ، فان ذلك لا يبرر فسخ البيع ولكن يستوجب إنقاص الثمن على سبيل التعويض. وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا أهمل البائع فى جنى المبيع بحيث قلت كميته عن المقدار المتفق عليه دون أن تنزل درجة الجودة =

المشترى ، كان الهلاك فى هذه الحالة على المشترى لأنه هو الذى تسبب فيه ، ووجب عليه دفع الثمن كاملا إلى البائع إذا كان لم يدفعه، ولا يسترده بطبيعة الحال إذا كان قد دفعه(١) .

وليس فى كل هذا إلا تطبيق للقواعد العامة، ولا حاجة فيه إلى نص خاص. وقد كان هذا النص الخاص موجوداً فى المشروع التمهيدى ، وهو نص المادة ٥٨٣ من هذا المشروع، وكان يجرى على الوجه الآتى : «فى الحالتين المنصوص عليهما فى المادتين السابقتين، إذا كان الهلاك أو نقص القيمة بفعل المشترى ، وجب دفع الثمن كاملا. أما إذا كان بفعل البائع ، فان طلب المشترى فسخ البيع ألزم البائع بالتعويض ، وإن طلب بقاء العقد وجب أنقاص الثمن»(٢) . وقد حذفت لجنة المراجعة هذه المادة «لأنها مستفادة من القواعد العامة»(٣) .

٣١٨ – هلاك المبيع بقوة قاهرة أوحادث فجائى قبل التسليم : فنقتصر هنا إذن على الحالة التى يكون فيها هلاك البيع قبل التسليم قد حدث بقوة قاهرة أو بحادث فجائى ، أو كما تقول المادة ٣٤٧ مدنى السالفة الذكر قد حدث لسبب لا يد للبائع فيه(٤)، وقد

=المشترطة، فان النقص القليل فى الكمية لا يبرر الفسخ بل يسوغ أنقاص الثمن فقط (استئناف مختلط ٩ يونية سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٣٢٠) .

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٧٩ فى الهامش.

(٢) وكان فى التقنين المدنى السابق نص مقابل هو نص المادة ٣٧٣/٢٩٩: وكان يجرى على الوجه الآتى: «وفى الحالتين السابقتين إذا كان هلاك المبيع أو حدوث العيب الذى أوجب نقص قيمته منسوباً للمشترى، فيكون الثمن مستحقاً عليه بتمامه . أما إذا كان منسوباً للبائع ، فيكون ملزماً بالتضمينات إذا فسخ المشترى البيع وبتنقيص الثمن إذا إبقاه» . وقد نصت المادة ٤١٥ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى على أنه «إذا هلك الشئ المعين الذى انعقد عليه البيع ، أو أصيب بعيب قبل التسليم بسبب فعل أو خطأ ارتكبه البائع ، حق للمشترى أن يطلب قيمة ذلك الشئ أو عوضاً مقابلا لما نقص من قيمته، على الشروط التى بمقتضاها يحق له أن يداعى أى شخص آخر . وإذا كان المبيع من المثليات، فعلى البائع أن يسلم ما يماثله صفة ومقداراً ، مع الاحتفاظ بحق المشترى فى طلب وزيادة بدل العطل الضرر عند الاقتضاء» . ونصت المادة ٤١٦ من نفس التقنين على أنه «إذا هلك المبيع أو ناله عيب قبل التسليم بفعل أو خطأ من المشترى ، كان ملزماً باستلامه على حالته ويدفع ثمنه كاملا» .

أنظر أيضاً المادة ٢/٥٤٧ من التقنين المدنى (آنفاً فقرة ٣١٤ فى الهامش) . وكل هذه النصوص لا تختلف فى أحكامها عن أحكام القانون المصرى .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٧٧ فى الهامش وص ٧٩ فى الهامش .

(٤) والبائع هو الذى يحمل عبء إثبات ذلك (بلانيول وريبير وهامل ١٠ ص ٨١ هامش ٥) .

قدمنا أن الهلاك فى هذه الحالة يكون على البائع لا على المشترى ولو أن المشترى قد أصبح مالكاً قبل التسليم [1] . وقد ذكرنا أن السبب فى عدم تحميل المشترى تبعة الهلاك قبل التسليم بالرغم من أنه أصبح مالكاً أن الملكية لا تخلص له فعلا إلا عند التسليم، وأن التزام البائع بالتسليم هو جزء متمم لالتزامه بنقل الملكية ، فاذا كان التسليم لم يتم فان التزامه بنقل الملكية يكون هو أيضاً ناقص التنفيذ بالرغم من أن الملكية تكون قد انتقلت إلى المشترى. فإذا هلك المبيع قبل التسليم بقوة قاهرة أو بحادث فجائى ، فان التزام البائع بالتسليم ، هو التزام بتحقيق غاية كما قدمنا ، يصبح مستحيل التنفيذ . ومتى أصبح التزام فى عقد ملزم للجانبين كعقد البيع مستحيل التنفيذ ، انفسخ العقد بحكم القانون طبقاً للقواعد العامة ، وهى القواعد التى قررتها المادة ١٥٩ مدنى على الوجه الآتى : «فى العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه ، انقضت معه التزامات المقابلة له، وينفسخ العقد من تلقاء نفسه» . ومتى انفسخ عقد البيع لاستحالة تسليم المبيع ، فقد سقط بانفساخه التزام المشترى بدفع الثمن ، وكان له أن يسترده من البائع إذا كان قد دفعه، وأن يمتنع عن دفعه إذا كان لم يدفعه . فيخرج البائع ، بانفساخ البيع على هذا الوجه ، وقد خسر المبيع وخسر الثمن ، فيكون هو الذى يتحمل تبعة هلاك المبيع قبل التسليم . وعلى هذا النحو يجب تأصيل المادة ٤٣٧ مدنى السالفة الذكر ، فهى ليست كما رأينا إلا تطبيقاً لنظرية انفساخ العقد الملزم للجانبين بسبب استحالة تنفيذ الالتزام .

وهذا التأصيل ، وهو يتفق مع القواعد العامة كما قدمنا ، يتفق فى الوقت ذاته مع أحكام الفقه الإسلامى وهى تجعل الهلاك على البائع قبل التسليم .[1] ولذلك اعتاد الفقه المصرى أن ينسب القاعدة التى أخذ بها التقنين المصرى إلى الفقه الإسلامى ، وذلك لما رأى أن هذا التقنين سار عليها مخالفاً بذلك القاعدة التى أخذ بها

(١) وقد رأينا أنه إذا كان البيع فى الفقه الإسلامى ينقل الملك إلى المشترى ، فان القبض يزيد نقل الملك تأكيداً ، حتى أن المشترى قبل القبض لا يكون مطلق التصرف فى المبيع (أنظر آنفاً فقرة ٢٣١)، وحتى أنه إذاهلك المبيع قبل القبض كان هلاكه على البائع . فيد البائع على المبيع قبل القبض يد ضمان لا يد أمانة ، كذلك يد القابض على سوم الشراء إذا سمى الثمن يد ضمان (أنظر المادة ٥٤٨ عراقى آنفا فقرة ٣١٥ فى الهامش) . أما إذا لم يسم الثمن فى سوم الشراء ، وسمى أو لم يسم فى سوم النظر، فان يد القابض تكون يد أمانة ، فيهلك الشئ على المالك لا على القابض وغنى عن البيان أن الشئ ، فى سوم الشراء وفى سوم النظر ، سمى الثمن أو لم يسم ، يعتبر فى القانون المصرى وديعة فى يد القابض، فاذا هلك تحمل المالك لا القابض تبعة الهلاك .

(1) قاعدة الهلاك على المالك انما تقوم اذا حصل الهلاك بقوة قاهرة أما إذا نسب إلى البائع تقصير فانه يكون مسئولا عن نتيجة تقصيره .

(جلسة ١٩٥٦/٦/٢٨ الطعنان رقما ٣٧٩ ، ٣٨٢ لسنة ٢٢ ق س ٧ ص ٧٦٧)

التقنين الفرنسى كما سبق القول [1] .

ونرى من ذلك أن المبيع إذا كان عيناً معينة بالذات تنتقل تبعة هلاكه ، لا مع انتقال الملكية ، بل مع انتقال الحيازة [2] ، فلو كان المبيع عقاراً ، وهلك قبل التسليم وقبل تسجيل البيع ، كان هلاكه على البائع ، أما إذا هلك بعد التسليم وقبل تسجيل البيع فهلاكه على المشترى [3] . فالعبرة إذن بالتسليم الذى يتم به نقل الحيازة ، لا بالتسجيل الذى يتم به نقل الملكية . ومتى انتقلت الحيازة إلى المشترى بالتسليم ، كان الهلاك عليه ولو لم تنتقل إليه الملكية بالتسجيل . أما إذا لم تنتقل إليه الحيازة بالتسليم ، كان الهلاك على البائع ولو انتقلت الملكية إلى المشترى بالتسجيل [4] .

(١) ونرى أثر ذلك فيما جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : «هذه النصوص (م ٥٨١ – ٥٨٣) تعرض لبيان تبعة هلاك المبيع قبل التسليم . وقد استبقى المشروع أحكام التقنين الحالى (السابق) فجعل التبعة على البائع قبل التسليم ، خلافاً للتقنينات اللاتينية ، وأخذاً بأحكام الشريعة الإسلامية، وتطبيقاً لقواعد الفسخ فى العقد الملزم للجانبين» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٧٥) . أنظر رسالة الدكتور محمد زكى عبدالبر فى نظرية تحمل التبعة فى الفقه الإسلامى ص ١٧٧ وما بعدها .

وأنظر فى أن القاعدة التى أخذ بها التقنين المصرى مستمدة من القواعد العامة وليست مأخوذة من الفقه الإسلامى الأستاذين أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ٢٨٩ .

(٢) وليست هذه القاعدة من النظام العام ، فيجوز للمتبايعين أن يتفقا على أن يكون هلاك المبيع قبل التسليم على المشترى . فإذا لم يتفقا على ذلك ، كان الهلاك على البائع . ولو أن البائع ، تغطية لمسئوليته ، أمن على الدار المبيعة من الحريق ، فليس له أن يتقاضى أقساط التأمين من المشترى لأنه أمن على مسئوليته هو لا على مسئولية المشترى (استئناف مختلط ٤ يناير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٢٣) .

(٣) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٧٥ – ص ٧٦ – وهناك رأى يذهب إلى أنه إذا كان عدم التسجيل بتقصير البائع ، فالهلاك عليه حتى لو تسلم المشترى المبيع . ولكن لما كانت تبعة الهلاك؛ تنتقل بانتقال الحيازة ولو لم تنتقل الملكية، فالرأى الصحيح هو أن الهلاك على المشترى إذا تسلم المبيع ولو كان البيع لم يسجل (نقض مدنى ٨ ديسمبر سنة ١٩٢٣ مجموعة عمر ١ رقم ٨١ ص ١٥٢ – الأستاذان أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ٢٨٦ – الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٢٠) .

(٤) ولو كان البيع معلقاً على شرط فاسخ ، فالهلاك قبل التسليم على البائع ولو لم يتحقق الشرط وأصبح البيع باتاً ، والهلاك بعد التسليم على المشترى إذا لم يتحقق الشرط فأصبح البيع باتاً ، أما إذا تحقق الشرط فانفسخ البيع ثم هلك المبيع ، فالظاهر أنه يهلك على مالكه أى على البائع ما دمنا لسنا بصدد التزام بالتسليم متفرع من التزام بنقل الملكية . ولو كان البيع معلقاً على شرط واقف ، فالهلاك قبل التسليم على البائع ولو تحقق الشرط ونفذ البيع والهلاك بعد التسليم على البائع أيضا، ولو تحقق الشرط بعد الهلاك ، إذ لا يكون لتحقق الشرط فى هذه الحالة أثر رجعى (م ٢/٢٧٠ مدنى) . أما إذا تحقق الشرط قبل الهلاك فنفذ البيع ، فالهلاك بعد التسليم على المشترى . أنظر فى ذلك الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٢١ – الأستاذ محمد على أمام فقرة ١٨٨ ص ٣١٦ – الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ١٥٣ ص ٢٧٢ – الأستاذ عبدالمنعم البدراوى فقرة ٢٨٢ .

وإذا كان المبيع شيئاً غير معين بالذات ثم عين بعد ذلك ، فانه يبقى في ضمان البائع حتى وقت التسليم . فان هلك قبل ذلك ، هلك على البائع بالرغم من أنه قد تم تعيينه قبل الهلاك وبالرغم من أن ملكيته تكون قد انتقلت إلى المشترى بهذا التعيين . أما إذا هلك بعد التسليم ، فهلاكه على المشترى (١) ، لا لأنه تم تعيينه بالتسليم فانتقلت الملكية إلى المشترى، بل لأنه قد سلم إلى المشترى فانتقلت حيازته إليه ، فأصبحت تبعة الهلاك عليه بموجب انتقال الحيازة لا بموجب انتقال الملكية .

٣١٩ – اعذار البائع المشترى لتسلم المبيع : ولكن قد يحدث أن البائع يكون مستعداً لتنفيذ التزامه بتسليم المبيع إلى المشترى ، ويكون المشترى هوالمتعنت فيأبى دون مبرر أن يتسلم المبيع . فتوقياً لتحميل البائع تبعة هلاك المبيع فى هذه الحالة ، أعطى القانون سلاحاً للبائع يدرأ به عنه هذا الخطر . فأجاز له أن يعذر المشترى ليتسلم المبيع ، ومن وقت الإعذار يعتبر المبيع فى حكم الشئ المسلم للمشترى ، فاذا هلك حتى قبل التسليم الفعلى فان هلاكه يكون على المشترى لا على البائع (٢) . وفى هذا تقول العبارة الأخيرة من المادة ٤٣٧ مدنى كما رأينا : «إلا إذا كان الهلاك بعد إعذار المشترى لتسلم المبيع» أى أن الهلاك يكون استثناء على المشترى إذا وقع بعد إعذاره لتسلم المبيع (٣) .

وقد ينص عقد البيع ذاته على أن المشترى ملزم بتسلم المبيع فى يوم معين دون حاجة إلى إعذاره بذلك . ففى هذه الحالة يعتبر المشترى معذراً بمجرد حلول اليوم المعين للتسلم طبقاً للقواعد العامة ، فاذا هلك المبيع بعد ذلك كان هلاكه على المشترى ولو لم يكن قد تسلمه فعلا .

٣٢٠ – هلاك المبيع فى يد البائع وهو حابس له : وهناك حالة أخرى يهلك فيها المبيع على المشترى قبل التسليم ، وهى حالة ما إذا كان البائع قد حبس المبيع فى يده لعدم استيفاء الثمن ، وسترى أن للبائع حق حبس المبيع قد حبس المبيع فى يده لعدم استيفاء الثمن، وسترى أن للبائع حق حبس المبيع حتى يستوفى الثمن . فاذا حبس البائع المبيع وأعذر المشترى أو أخطره بهذا الحبس ، وهلك المبيع أثناء الحبس (٤) ، كان الهلاك

---

(١) استئناف مختلط ٧ أبريل سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٣٦ .

(٢) مصر الكلية ١١ مايو سنة ١٩٥٤ المحاماة ٣٥ رقم ٣٦٤ ص ٩٥٠ .

(٣) والمفروض أن الإعذار الذى ينقل تبعة الهلاك إلى المشترى هو الذى يتم عندما يكون التزام المشترى بتسليم المبيع حالا ، فاذا أعذر البائع المشترى ليتسلم قبل الأجل المشروط لمصلحة المشترى لم يترتب على هذا الإعذار نقل تبعة الهلاك (الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٧٥ مكررة ص ١٤٥).

(٤) أما إذا لم يتبين فى وضوح باعذار أو أخطار أو نحو ذلك أن البائع يحبس المبيع لعدم استيفاء الثمن، بل سكت البائع عن مطالبة المشترى بالثمن وسكت المشترى عن مطالبة البائع بالمبيع، فتراخى تنفيذ العقد على هذا النحو دون أن يظهر البائع نيته فى حبس المبيع حتى يستوفى الثمن، ثم هلك المبيع فى خلال ذلك، فان الهلاك فى هذه الحالة يكون على البائع، ولا يجوز لهذا أن يدعى أنه كان =

على المشترى بالرغم من عدم تسليم البائع المبيع له ، لأن عدم التسليم هنا راجع إلى خطأ المشترى فهو لم يدفع الثمن ودفع البائع بذلك إلى حبس المبيع . وقد نصت المادة ٤٦٠ مدنى على هذا الحكم صراحة إذا تقول : «وإذا هلك المبيع فى يد البائع وهو حابس له ، كان الهلاك على المشترى ، ما لم يكن المبيع قد هلك بفعل البائع» (١) . وسنعود إلى هذه المسألة فيما يلى (٢) :

٢ – تبعة الهلاك الجزئى أو نقص القيمة لتلف المبيع قبل التسليم

٣٢١ – النصوص القانونية تنص المادة ٤٣٨ من التقنين المدنى على ما يأتى :

«إذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف أصابه ، جاز للمشترى أما أن يطلب فسخ البيع إذا كان النقص جسيما بحيث لو طرأ قبل العقد لما تم البيع ، وإما أن يبقى البيع مع أنقاص الثمن» (٣) .

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادة ٣٧٢/٢٩٨ (٤) .

=حابساً للمبيع. أنظر فى هذا المعنى الأستاذ عبدالمنعم البدراوى فقرة ٢٨٠ ص ٤٣٠ – الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٧٥ مكررة ص ١٤٥ – ص ١٤٦) .

(١) كذلك يهلك المبيع على المشترى إذا اتفق المتبايعان على أن يكون الهلاك على المشترى قبل التسليم، أو وضع المشترى يده على المبيع قبل دفعه الثمن بدون إذن البائع وهلك المبيع فى يده ، وقد سبقت الإشارة إلى هاتين الحالتين أما ما جاء فى المادة ٩٤ تجارى من أن البضائع التى تخرج من مخزن البائع أو المرسل يكون خطرها فى الطريق على من يملكها فليس باستثناء حقيقى من القاعدة التى تقضى بأن الهلاك على البائع قبل التسليم ، فقد قدمنا أن الملكية هنا تنتقل بالإفراز ، وهو لا يتم إلا عند التسليم إما فى محطة الشحن أو فى محطة التفريغ ، فإذا انتقلت تبعة الهلاك هنا بانتقال الملكية فلأن الملكية هى نفسها تنتقل بالتسليم .

(٢) أنظر ما يلى فقرة ٤٠٤ .

(٣) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى المادة ٥٨٢ من المشروع التمهيدى على الوجه الذى استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وقد أقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٤٥١ من المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٣٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٧٧ –٧٩).

(٤) **التقنين الملغى السابق** م ٣٧٢/٢٩٨ : إذا نقصت قيمة المبيع بعيب حدث فيه قبل استلامه بحيث لو كان ذلك العيب موجوداً قبل العقد لامتنع المشترى عن الشراء ، كان المشترى مخيراً بين الفسخ وبين إبقاء المبيع بالثمن المتفق عليه ، إلا إذا سبق منه رهنه .

(ويخالف هذا الحكم ما ورد فى التقنين المدنى الجديد، فان المشترى فى التقنين السابق لا يملك إنقاص الثمن، فإما أن يفسخ وإما أن يستبقى المبيع بكل الثمن. فاذا لم يبلغ العيب الجسامة المطلوبة أو رهن المشترى المبيع، فإنه لا يستطيع الفسخ ، فلا يبقى أمامه إلا استبقاء المبيع بكل الثمن، فكان هو الذى يحمل تبعة الهلاك الجزئى قبل التسليم . وهذا العيب قد تداركه التقنين الجديد، فجعل =

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٤٠٦ –وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٤٢٧ – وفى التقنين المدنى العراقى المادة ١/٥٤٧ – وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى لا مقابل له [(١)] .

٣٢٢ – الهلاك الجزئى أو نقص القيمة بفعل البائع أو بفعل المشترى : وغنى عن البيان أن المادة ٤٣٨ مدنى السالفة الذكر تفترض أن هلاك المبيع هلاكاً جزئياً أو نقص قيمته إنما وقع بقوة قاهرة أو بحادث فجائى ، وإذا كان النص لا يصرح بذلك فانه مستخلص من سياق النصوص . أما إذا كان الهلاك الجزئى أو نقص القيمة راجعاً إلى فعل البائع ، فالبائع يكون مسئولا عن ذلك بطبيعة الحال ، بل يكون مسئولا أيضاً عن التعويض. وإن كان راجعاً إلى فعل المشترى ، كان هذا هو المسئول ، وعليه أن يدفع الثمن كاملا للبائع. وقد سبق بيان ذلك فى الهلاك الكلى [(٢)] .

٣٢٣ – الهلاك الجزئى أو نقص القيمة بقوة قاهرة أو حادث فجائى : فنقتصر هنا أيضاً على حالة ما إذا كان الهلاك الجزئى أو نقص القيمة قد حدث بقوة قاهرة أو حادث فجائى . وتكون تبعة هذا الهلاك الجزئى أو نقص القيمة قبل التسليم المبيع على البائع، للأسباب نفسها التى ذكرناها فى حالة الهلاك الكلى . فالبائع ملزم بتسليم المبيع كاملا دون نقص أو تلف ، وهذا الالتزام متفرع عن الالتزام بنقل الملكية ، وهو التزام بتحقيق غاية . فاذا لم يقم به البائع كان مسئولا ، حتى لو رجع ذلك إلى قوة قاهرة أو حادث فجائى، فتكون التبعة عليه ، كما كانت التبعة عليه فى الهلاك الكلى .

=للمشترى حق إنقاص الثمن إذا لم يطلب الفسخ : أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٧٨ – فإذا أبرم بيع قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ سرت عليه أحكام التقنين السابق، وإذا أبرم بعد ذلك سرت عليه أحكام التقنين الجديد).

(١) **التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدنى السورى** م ٤٠٦ (مطابقة للمادة ٤٣٨ من التقنين المدنى المصرى . وانظر فى القانون المدنى السورى الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ١٣٥).

التقنين المدنى الليبى م ٤٢٧ (مطابقة للمادة ٤٣٨ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى م ١/٥٤٧ .. وإذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف أصابه، فالمشترى مخير بين فسخ البيع وبين بقائه مع إنقاص الثمن، (وتتفق هذه الأحكام مع أحكام التقنين المصرى).

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى : لا مقابل ، ولكن أحكام التقنين المصرى تطبيق للقواعد العامة، فيمكن الأخذ بها فى لبنان دون نص .

(٢) وسبق أن قررنا أن المشروع التمهيدى كان يشتمل على المادة ٥٨٣ وقد حذفت ، وهى تتناول كلا من الهلاك الكلى والجزئى أو نقص القيمة ، إذا كان ذلك راجعاً إلى فعل البائع أو إلى فعل المشترى (أنظر آنفاً فقرة ٣١٧ – وأنظر التقنين المدنى العراقى م ٢/٥٤٧ آنفاً فقرة ٣١٥ فى الهامش ، وتقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٤١٥ – ٤١٦ آنفاً فقرة ٣١٧ فى الهامش) .

وينبنى على ذلك أن المشترى ، فى حالة الهلاك الجزئى [(١)] أو نقص القيمة ، يكون بالخيار بين الفسخ أو إنقاص الثمن بما يتناسب مع ما هلك من المبيع أو نقص من قيمته ، دون أن يكون له حق فى التعويض لأن الهلاك أو النقص قد حدث بقوة قاهرة أو حادث فجائى. ولكن إذا كان الهلاك أو نقص القيمة لم يبلغ من الجسامة قدراً بحيث لو كان قد طرأقبل العقد لما تم البيع ، لم يكن للمشترى حق الفسخ ، وإنما يكون له حق إنقاص الثمن فقط [(٢)] .

ويلاحظ أنه يمتنع على المشترى الفسخ ، حتى لو كان الهلاك أو النقص وصل إلى هذا القدر من الجسامة ، إذا كان قد رتب للغير حسن النية حقاً عينياً على المبيع ، فلا يملك المشترى عندئذ إلا إنقاص الثمن [(٣)] .

٣٢٤ – الهلاك الجزئى أو نقص القيمة بعد اعذار المشترى أو بعد حبس المبيع : وغنى عن البيان أن البائع إذا أعذر المشترى لتسلم المبيع ، أو حبس المبيع لعدم استيفاء الثمن، فان الهلاك الجزئى أو نقص القيمة إذا طرأ بعد ذلك على المبيع ، تحمل المشترى تبعته [(٤)] ، كما يتحملها فى الهلاك الكلى ، للأسباب عينها .

المبحث الثالث

ضمان التعرض والاستحقاق

٣٢٥ – خصوصية ضمان التعرض والاستحقاق : إذا قلنا إن ضمان البائع للتعرض والاستحقاق فرع عن التزامه بنقل ملكية المبيع إلى المشترى ، لكانت النصوص المتعلقة

---

(١) ويعتبر هلاكاً جزئياً أن يكون المبيع أرضاً عليها بناء فينهدم البناء ، فيكون المشترى مخيراً بين الفسخ وإنقاص الثمن . وكان التقنين المدنى السابق كما قدمنا يجيز الفسخ دون إنقاص الثمن ، فقضت محكمة النقض فى عهد هذا التقنين بأنه إذا كان العقار المبيع أرضاً عليها بناء، ثم هلك البناء لأى سبب ، فإن البيع لا ينفسخ، ولكن يكون للمشترى الخيار بين طلب الفسخ وبين استبقاء المبيع، ولا فرق فى ذلك بين حالتى البيع الناقل للملكية والبيع الذى لا يترتب عليه بمقتضى قانون التسجيل الجديد إلا التزامات شخصية (نقض مدنى ٨ ديسمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمرا ٨١ ص ١٥٢) . وقضت محكمة استئناف مصر بأن انهدام البناء وبقاء الأرض لا يعتبر هلاكاً كلياً بل هو هلاك جزئى، فلا ينفسخ البيع من تلقاء نفسه (استئناف مصر ٢٣ فبراير سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٢/٣٨ ص ٩٦) .

(٢) فإذا كان الهلاك أو نقص القيمة قد حدث قبل البيع دون أن يعلم به المشترى، وكان قد بلغ قدراً من الجسامة بحيث لو علم به المشترى لما أبرم البيع، كان هذا غلطاً جوهرياً يجعل البيع قابلا للابطال.

(٣) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٧٨ .

(٤) استئناف مختلط ١٩ يناير ١٩٠٥ م ١٧ ص ٨٤ .

بضمان التعرض والاستحقاق مجرد تطبيق للقواعد العامة ، ولصح التساؤل عما إذا لم يكن هناك تزيد في بعض هذه النصوص . ذلك أنه ما دام البائع ملزماً بنقل ملكية المبيع إلى المشترى ملكية كاملة ، فهو إذا لم يكن مالكاً – وهذا هو موضع الاستحقاق الكلى – كان المبيع بيع ملك الغير [1]، وكان للمشترى دعوى الإبطال . وإذا كان البائع غير مالك لبعض المبيع أو كان مالكاً لكل المبيع ولكن على المبيع حقوق للغير – وهذا هو موضع الاستحقاق الجزئى – فان الملكية التى تعهد البائع بنقلها لم تخلص للمشترى كاملة ، ومن ثم جاز للمشترى طلب فسخ البيع مع التعويض إذا كان له مبرر .

ولكن القانون مع ذلك يجعل للمشترى فى الحالتين المتقدمتى الذكر دعوى ضمان، وهى غير دعوى الإبطال وغير دعوى الفسخ . هى غير دعوى الإبطال ، إذ الضمان فيها لا يقوم إلا إذا وقع فعلا تعرض من المالك الحقيقى للمشترى ، أما دعوى الإبطال فيستطيع المشترى رفعها قبل وقوع هذا التعرض . هذا إلى أن دعوى الضمان تتقادم بخمس عشرة سنة، وتتقادم دعوى الإبطال عادة بثلاث سنوات . ودعوى الضمان غير دعوى الفسخ ، إذ دعوى الضمان سببها قيام عقد البيع ، والتعويض فيها تولت النصوص تقديره تقديراً تفصيلياً فهو غير متروك لتقدير القاضى ، وإذا كانت تتقادم بخمس عشرة سنة فهذه المدة تسرى من وقت وقوع التعرض . أما دعوى الفسخ فتفترض فسخ عقد البيع لا قيام هذا العقد، والتعويض فيها متروك لتقدير القاضى ولم تتعرض لتقديره النصوص، وإذا كانت تتقادم هى الأخرى بخمس عشرة سنة فان هذه المدة تسرى من وقت تمام البيع لا من وقت وقوع التعرض .

يخلص مما تقدم أن دعوى الضمان هى دعوى مستقلةعن كل من دعوى الإبطال ودعوى الفسخ ، ويؤكد ذلك نص المادة ٤٤٣ مدنى ، فقد عرض لذكر عناصر التعويض تفصيلا عند استحقاق كل المبيع بناء على دعوى الضمان ، ثم أشار إلى استقلال هذه الدعوى عن الدعويين الأخريين ، فقالت العبارة الأخيرة من النص : «كل هذا ما لم يكن رجوع المشترى مبنياً على المطالبة بفسخ البيع أو إبطاله» .

والسبب فى خصوصية دعوى الضمان واستقلالها عن سائر الدعاوى التى تستمد مباشرة من القواعد العامة، وتتفرع من التزام البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشترى، يرجع إلى اعتبارات تاريخية تمت إلى القانون الرومانى والقانون الفرنسى القديم . فقد كان البيع فى العهد الأول للقانون الرومانى ، عبارة عن نقل ملكية المبيع إلى المشترى عن طريق رسوم وأوضاع معينة تسمى بالإشهاد (mancipatio)، وكان لا يترتب على هذه العملية أى التزام شخصى فى ذمة البائع، فهى مقصورة على نقل الملكية إلى المشترى. وإذا كان المبيع غير مملوك للبائع، واستحق فى يد المشترى، فقد كان هذا يرجع على البائع بدعوى جنائية(actio auctoritatis) يتقاضى بموجبها ضعف الثمن الذى

(١) نقض مدنى ١٤ مارس سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٤٣ ص ١٣٣ .

دفعه، لا بدعوى مدنية مبنية على التزام فى ذمة البائع . أما إذا انتقلت ملكية المبيع بالتسليم (traditio)، فقد كان المشترى يشترط على البائع بعقد لفظى (stipulatio) مستقل عن عملية نقل الملكية تعويضاً فيما إذا استحق المبيع . ولما أصبح البيع فى القانون الرومانى عقداً رضائياً يرتب التزامات فى ذمة البائع ، لم يكن من هذه الالتزامات نقل الملكية، بل كان البائع يلتزم بنقل حيازة المبيع إلى المشترى حيازة هادئة . وكذلك كان الأمر فى القانون الفرنسى القديم ، فقد قدمنا أن البائع كان يلتزم فى العهود الأولى بنقل الحيازة لا بنقل الملكية . وقد تلقى التقنين المدنى الفرنسى هذه التقاليد عن القانون الرومانى وعن القانون الفرنسى القديم : ضمان تعرض واستحقاق لا يرتبط بنقل الملكية وإنما يرتبط بنقل الحيازة، فلا يقوم إلا إذا وقع تعرض يعكر من هدوء هذه الحيازة ، لا مجرد إخلال بالتزام نقل الملكية، وإذا قام فله قواعده الخاصة التى يستقل بها عن الدعاوى المتفرعة عن الالتزام بنقل الملكية – كدعوى الفسخ ودعوى الإبطال – لا سيما فيما يتعلق بتقدير التعويض [1].

وهناك خصوصية أخرى فى تقاليد هذا الضمان تتعلق بحقوق الارتفاق . فقد كان البائع فى القانون الرومانى لا يضمن للمشترى خلو المبيع من حقوق ارتفاق عليه ، لا بموجب دعوى العقد اللفظى (actio ex stipulatu) ولا بموجب دعوى البيع ذاتها (actio empti) . ويرجع ذلك إلى أن التنظيم الاقتصادى للملكية العقارية عند الرومان كان من شأنه أن يجعل المشترى يتوقع دائماً أن يكون على المبيع حقوق ارتفاق، فلم يكن البائع مكلفاً أن يكاشف المشترى بها ، ولم يكن يضمن له خلو المبيع منها . فاذا أراد المشترى أن يضمن له البائع خلو المبيع من حقوق ارتفاق عليه ، فقد كان يضع فى ذلك شرطاً خاصاً فى عقد البيع (vendu ut optimus maximus) . أما القانون الفرنسى القديم فقد كان يعتبر ظهور حق ارتفاق على المبيع من قبيل العيوب الخفية ، فيضمن البائع حق الارتفاق على هذا الأساس . ومن هنا أفرد التقنين المدنى الفرنسى (م١٦٢٦) بالذكر ضمان البائع لحقوق الارتفاق والتكاليف المترتبة على المبيع إذ لم يعلن المشترى بها، تمشياً مع تقاليد القانون الرومانى . وانحرف فى الوقت ذاته عن تقاليد القانون الفرنسى القديم، فجعل هذا الضمان ضمان استحقاق لا ضمان عيب خفى ، بما يستتبع ذلك من نتائج أهمها أن يقوم الضمان ولو فى البيوع القضائية وكان لا يقوم لو أنه ضمان عيب خفى ، وأن يدفع البائع تعويضاً بسبب هذا الضمان ولو كان حسن النية وكان لا يدفع تعويضاً إلا إذا كان سئ النية لو أنه ضمان عيب خفى [2].

هذه التقاليد التاريخية تركت طابعها ظاهراً فى دعوى ضمان التعرض والاستحقاق

(١) كولان وكابيتان ٢ فقرة ٨٩٣ – بودرى وسينيا فقرة ٣٤٩ مكررة – بيدان ١١ فقرة ١٨٦ – بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٨٨ وفقرة ٩٥ .

(٢) كولان وكابيتان ٢ فقرة ٩٠١ – بودرى وسينيا فقرة ٣٩١

فى التقنين المدنى الفرنسى، فانفردت هذه الدعوى بالخصوصيات التى تقدم ذكرها مستقلة عن دعاوى الفسخ والإبطال المتفرعة عن التزام البائع بنقل الملكية. وانتقلت هذه الخصوصيات إلى التقنين المدنى المصرى، إلا أن هذا التقنين لم يبرز حقوق الارتفاق والتكاليف كسبب مستقل للضمان كما فعل التقنين المدنى الفرنسى، ولكنه أشار إلى التكاليف كحالة من حالات الاستحقاق الجزئى م ٤٤٤ مدنى)، ثم جعل من ظهور حق الارتفاق أو إعلان البائع إياه للمشترى شرطاً ضمنياً لعدم الضمان (م ٢/٤٤٥ مدنى).

وليست القنينات اللاتينية هى وحدها التى تحمل طابع التقاليد فى ضمان التعرض والاستحقاق، بل يحملها أيضاً – وإن كان بدرجة أقل – التقنينات الجرمانية. تقنين الالتزامات السويسرى (م ١٠٢ و م ١٩٧) متشبع بهذه التقاليد. أما التقنين المدنى الألمانى (م ٤٣٤ و م ٤٤٠) فقد حرر منها فى العقار فلا يشترط وقوع التعرض بل يكتفى باحتمال وقوعه، ولكنه فى المنقول بقى متأثراً بالتقاليد إذ يشترط وقوع التعرض. وقد تحرر تقتنين الالتزامات البولونى (م ٣٠٦ و م ٣١١ و م ٣٣٦) من هذه التقاليد، إلى حد أن مزج ما بين ضمان التعرض والاستحقاق وأسماه ضمان العيوب القانونية، وبين ضمان العيوب الخفية وأسماه ضمان العيوب المادية، وأرجع الضمانين إلى أصل واحد، ولم يشترط وقوع التعرض بل اكتفى باحتمال وقوعه فى كل من العقار والمنقول(١).

٣٢٦– شمول ضمان التعرض والاستحقاق: والالتزام بضمان التعرض والاستحقاق، كالالتزام بضمان العيوب الخفية والالتزام بالتسليم، يجاوز نطاقه عقد البيع إلى كل عقد ناقل للملكية، بل وإلى كل عقد ينقل الحيازة والانتفاع، لا سيما إذا كان العقد من المعاوضات. فهو موجود فى عقود المقايضة والشركة والصلح والقسمة والإيجار وغيرها، وموجود إلى مدى أضيق فى التبرعات كالهبة. ذلك أن من يكون ملتزماً بنقل ملكية الشئ أو بنقل الشئ أو بنقل حيازته والانتفاع به يجب عليه بداهة أن ينقل إلى الشخص الآخر ملكية أو حيازة هادئة لا يعكر صفوها تعرض منه أو من أى شخص آخر. فاذا كان العقد معاوضة برز هذا الضمان فى صورة أوضح، إذ أن الشخص الآخر قد دفع مقابلا فيجب أن يخلص له الشئ الذى دفع فيه المقابل.

فضمان التعرض والاستحقاق، كضمان العيوب الخفية وكالتسليم، كان من الممكن جعله نظرية عامة فى العقد دون أن يقتصر على عقد البيع، وهذا ما فعله المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الألمانى. ولكن لما كان عقد البيع هو العقد الذى يغلب فيه استعمال هذا الضمان ويكون تنظيم هذا العقد ناقصاً لو خلا منه، فقد درجت التقنينات– وإلى هذا انتهى أيضاً التقنين المدنى الألمانى نفسه فى صورته النهائية – على إدماج هذا

(١) كولان وكابيتان ٢ الفقرة ٨٩٣ ص ٥٩٨ – ص ٥٩٩ .

الضمان فى عقد البيع ، كما أدمجت ضمان العيوب الخفية والالتزام بالتسليم . وتجعل التقنينات القواعد التى أدمجت فى عقد البيع هى القواعد العامة فى هذا الضمان ، ثم تشير بعد ذلك فى غير البيع من العقود إلى ما يتميز به العقد من خصوصيات يفارق بها هذه القواعد العامة. وعلى هذا النهج سار التقنين المدنى المصرى ، فقد أشار فى خصوص عقد الشركة إلى هذه القواعد العامة المندرجة فى عقد البيع (م ١/٥١١ مدنى) ، وكذلك فى خصوص عقد القرض (م ٥٤٠ مدنى) ، وأفاض فى بسط هذه القواعد فى خصوص عقد الإيجار (م ٥٧١ – ٥٧٥ مدنى) لأنه يقع على الانتفاع دون الملكية ، وأبرز خصوصية الضمان فى عقد الهبة (م ٤٩٤ مدنى) فهو بخلاف البيع تبرع لا معاوضة ، وكذلك فعل فى عقد العارية (م ١/٦٣٨ مدنى) .

٣٢٧ – التعرض الصادر من البائع والتعرض الصادر من الغير : وفى ضمان التعرض والاستحقاق فى عقد البيع يحسن التمييز بين التعرض الصادر من البائع والتعرض الصادر من الغير ، إذ لكل من هذين النوعين قواعد يختص بها .

المطلب الأول

التعرض الصادر من البائع

٣٢٨ – مسائل ثلاث : نبحث فى ضمان البائع للتعرض الصادر منه مسائل ثلاثاً : (أ) متي يقوم هذا الضمان . (ب) ما يترتب على قيام الضمان ، (جـ) الاتفاق على تعديل أحكام الضمان .

٣٢٩ – (أ) متى يقوم ضمان التعرض الصادر من البائع – نصوص قانونية : تنص المادة ٤٣٩ من التقنين المدنى على ما يأتى :

«يضمن البائع عدم التعرض للمشترى فى الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه ، سواء كان التعرض من فعله هو أو من فعل أجنبى يكون له وقت البيع حق على المبيع يحتج به على المشترى . ويكون البائع ملزماً بالضمان ولو كان الأجنبى قد ثبت حقه بعد البيع إذا كان هذا الحق قد آل إليه من البائع نفسه» (١).

(١) **تاريخ النص:** ورد هذا النص فى المادة ٥٨٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد، فيما عدا أن المشروع التمهيدى انتهى بالعبارة الآتية: «ويثبت التزام البائع بالضمان ولو لم ينص عنه فى العقد». وفى لجنة المراجعة حذفت هذه العبارة لعدم الحاجة إليها، وأقرت اللجنة النص بعد هذا الحذف تحت رقم ٤٥٢ من المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٣٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص٨٠ وص٨٢ – ص٨٣).

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادتين ٣٧٤/٣٠٠ و ٣٨٤/٣١٠[١].
ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى: فى التقنين المدنى السورى المادة ٤٠٧

---

(١) **التقنين المدني السابق** م ٣٧٤/٣٠٠: من باع شيئاً يكون ضامناً للمشترى الانتفاع به بدون معارضة من شخص آخر له حق عينى على المبيع وقت البيع، وكذلك يكون البائع ضماناً إذا كان الحق العينى للآخر ناشئاً عن فعله بعد تاريخ العقد . ووجوب الضمان لا يحتاج إلى شرط مخصوص به فى العقد.

م ٣٨٤/٣١٠ : نزع ملكية جزء معين من المبيع أو شائع فيه يعتبر قانوناً كنزع ملكيته كله . وكذلك ثبوت حق ارتفاق موجود على المبيع قبل العقد ، ولم يحصل الإعلام به و لم يكن ظاهراً وقت البيع، يعتبر كنزع الملكية بتمامها . هذا إذا كان الجزء المنتزعة ملكيته أو حق الارتفاق بحالة لو عملها المشترى لامتنع عن الشراء .

ولا يوجد فرق فى الأحكام ما بين التقنين الجديد والتقنين السابق ، مع ملاحظة أمرين ذكرتهما المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى على الوجه الآتى : (أ) تجنب (التقنين الجديد) عيباً وقع فيه التقنين الحالى (السابق) فى المادة ٣٧٤/٣٠٠ ، إذ قررت هذه المادة أن البائع يضمن للمشترى وجود حق عينى على المبيع لشخص آخر وقت البيع . ويبنى على ذلك ألا ضمان إذا ظهر أن العين المبيعة مؤجرة بعقد ثابت التاريخ قبل البيع ، لأن ضمان البائع لا يشمل إلا الحقوق العينية . وقد قضت محكمة النقض بذلك (١٠ ديسمبر سنة ١٩٣١ ملحق مجلة القانون والاقتصاد ٣ ص ١١ - و ٣ مارس سنة ١٩٣٢ ملحق مجلة القانون والاقتصاد ٣ ص ٢٦) وعيب هذا الحكم أن العين المبيعة قد تكون مؤجرة لمدة طويلة وتكون الأجرة قد قبضت مقدماً ، ويكون كل هذا نافذاً فى حق المشترى طبقاً لأحكام القانون ، فلا يستطيع أن يرجع ضمان الاستحقاق على البائع . لذلك لم يشترط المشروع أن يكون للغير حق عينى على المبيع ، بل كل ما اشترطه هو أن يكون له حق على المبيع يحتج به على المشترى، فيدخل فى ذلك حق المستأجر فى الغرض المشار إليه (ب) وضع (التقنين الجديد) الحكم القاضى بعدم ضمان حقوق الإرتفاق إذا حصل الإعلان بها أو كانت ظاهرة فى مكانه الطبيعى عند الكلام فى الإرتفاق على تعديل الضمان ، لا عند الكلام فى حكم الاستحقاق الجزئى كما فعل التقنين الحالى (السابق) : م ٣١٠/ ٣٨٤ . (والتقنين الجديد) فيما عدا ذلك كالتقنين الحالى (السابق) يجعل البائع ضامناً للتعرض إذا لم تصل منازعة الغير للمشترى فى المبيع إلى نزعه من يده ، وضامناً للاستحقاق إذا انتهى التعرض لاستحقاق المبيع . ويميز بين فعل البائع وفعل الغير، فالبائع يضمن فعله مطلقاً ، ويعتبر تعرضاً منه أن يخول للغير على المبيع حقاً يحتج به على المشترى . أما الغير، فاذا كان تعرضه مادياً أى غير مبنى على سبب قانونى فلا شأن للبائع فى ذلك ، وعلى المشترى أن يدفع هذا التعرض بما وضعه القانون فى يده من وسائل . وإذا كان تعرضه مبنياً على سبب قانونى، فإن كان هذا السبب موجوداً وقت البيع أو بعد البيع ولكن بفعل البائع وجب الضمان ، وإلا فلا يجب . ويلاحظ أن (التقنين الجديد) كالتقنين الحالى (السابق) أيضا فى أن الضمان لا يجب على البائع إلا إذا حصل التعرض فعلا من الغير ، سواء حكم بالاستحقاق أو لم يحكم : نقض ٢٧ أبريل سنة ١٩٣٢ ملحق مجلة القانون والاقتصاد ٣ ص ٣١ . أما إذا اقتصر الأمر على ظهور حق للغير على العقار دون أن يتعرض هذا الغير فعلا ، فلا ضمان على البائع : انظر عكس ذلك التقنين البولونى م ٣١٣. ولكن هذا لا يمنع من تطبيق القواعد العامة ، فيستطيع المشترى أن يطالب بفسخ البيع» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٨١ - ص ٨٢) .

- وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٤٢٨ - وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٥٤٩ - وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادتين ٤٢٨ و ٤٣١ (١).

والنص يتناول التعرض الصادر من البائع والتعرض الصادر من الغير فى وقت واحد. ويخلص منه ، فيما يتعلق بالتعرض الصادر من البائع ، أن ضمان هذا التعرض يقوم إذا صدر تعرض من البائع للمشترى بعد إبرام عقد البيع . فنبحث إذن : (١) أعمال التعرض الصادر من البائع . (٢) المدين فى الالتزام بضمان التعرض وهو البائع . (٣) الدائن فى هذا الالتزام وهو المشترى . (٤) البيع الذى ينشئ هذا الضمان .

٣٣٠ - (١) أعمال التعرض الصادر من البائع : لقيام ضمان التعرض ، يجب أن يصدر من البائع عمل من شأنه أن يحول ، كلياً أو جزئياً ، دون انتفاع المشترى بملكية المبيع (1) . فيجب إذن توافر شرطين :

(أولا) وقوع التعرض فعلا، أما مجرد احتمال وقوعه فلا يكفى [٢] . فاذا هدد البائع

---

(١) **التقنينات المدنية العربية الأخرى** : التقنين المدنى السورى م ٤٠٧ (مطابقة للمادة ٤٣٩ من التقنين المدنى المصرى . وانظر فى القانون المدنى السورى الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ١٤٠ - فقرة ١٥٤).

التقنين المدنى الليبى م ٤٢٨ (مطابقة للمادة ٤٣٩ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى م ٥٤٩ : ١ - يضمن البائع عدم التعرض للمشترى فى الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه، سواء كان التعرض من فعله أو من فعل أجنبى يدعى أن له حقا على المبيع وقت البيع يحتج به على المشترى . ٢ - ويثبت ضمان التعرض ولو لم ينص عنه فى العقد .

(وأحكام التقنين العراقى متفقة مع أحكام التقنين المصرى - انظر فى القانون المدنى العراقى الأستاذ حسن الذنون فقرة ١٩٨ - فقرة ١٩٩ - الأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٤٤٣ - فقرة ٤٥٢).

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٤٢٨ : إن الضمان الواجب على البائع للمشترى يرمى إلى غرضين: أولهما ضمان وضع اليد على المبيع بلا معارضة، والثانى ضمان النقائص والعيوب الخفية فى المبيع.

م ٤٣١ : إن البائع ، وإن اشترط عدم إلزامه بضمان ما ، يبقى ملزماً بضمان فعله الشخص . وكل اتفاق مخالف يكون باطلا .

(واحكام التقنين اللبنانى تتفق مع أحكام التقنين المصرى) .

(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٨٢ .

(1) أ - التعرض الشخصى الذى يضمنه البائع فى مفهوم المادة ٤٣٩ من القانون المدنى هو كل عمل يعكر على المشترى حقه فى حيازة المبيع والانتفاع به ، فلا يدخل فى ذلك ما يبديه البائع فى دعوى صحة التعاقد التى يقيمها عليه المشترى من دفوع أو طلبات يهاجم بها اجراءات الخصومة سواء لعوار فيها أو لسقوطها أو انقضائها بمضى المدة ، اذ لا يعتبر هذا من قبيل التعرض لحقوق المشترى الناشئة عن عقد البيع .

(جلسة ١٩٨٠/١/٣١ الطعن ١٤٥١ لسنة ٤٨ ق س ٣١ ص ٣٦٦)

ب - الاخلال بالالتزام شرطه أن يكون تاليا لوجود العقد . مؤداه بيع . بيع الطاعن نصف مساحة الارض المبيعة للمطعون ضده فى تاريخ سابق على عقد الأخير . لا يعد إخلالا بالالتزام قضاء الحكم المطعون فيه بالفسخ . خطأ

(جلسة ١٩٩٩/١٠/٢٦ الطعن ١١٣١ لسنة ٦٨ ق)

المشترى بالتعرض له ، لم يكف هذا التهديد لقيام ضمان التعرض ما دام البائع لم ينفذ وعيده ويتعرض بالفعل [١]. وإذا باع البائع العقار المبيع مرة ثانية وبادر المشترى الثانى إلى التسجيل قبل المشترى الأول ، فانتقلت الملكية إليه هو دون المشترى الأول ، ولكن المشترى الثانى لم يتخذ أى إجراء لنزع العقار من يد المشترى الأول ، فليس للمشترى الأول أن يحتج على البائع بضمان تعرضه الناشئ من بيعه العقار مرة أخرى ، بل ليس له أن يرفع دعوى إبطال بيع ملك الغير لأن البيع الذى صدر من البائع إلى المشترى الأول قد صدر من مالك، ولكن له ان يرفع دعوى فسخ البيع لعدم قيام البائع بتنفيذ التزامه من نقل الملكية إليه . ويترتب على أنه لابد من وقوع التعرض أن البيع يبقى منشئا لالتزام البائع بضمان التعرض، ولا يسرى التقادم إلا من وقت وقوع التعرض فعلا، ومدته خمس عشرة سنة من وقت وقوع التعرض [٢].

(ثانياً) أن يكون التعرض الذى وقع فعلا عملا من شأنه أن يحول، كلياً أو جزئياً، دون انتفاع البائع بملكية المبيع [٣]. ويستوى فى ذلك أن يكون التعرض مبنياً على سبب مادى (trouble de fait) ، أو يكون مبنياً على سبب قانونى (trouble de droit)[٤][1] .

والتعرض المبنى على سبب مادى قسمان: قسم يقوم على أعمال مادية محضة تقع من البائع، وقسم يقوم على تصرفات قانونية تصدر من البائع – سواء قبل البيع أو بعده – يكون من شأنها أن تحول دون انتفاع البائع بملكية المبيع.[2] ويلاحظ، فيما يتعلق بهذا

(١) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٩٠ ص ٩٤ .

(٢) الأستاذ عبدالمنعم البدراوى فقرة ٣٣٢ .

(٣) ويضاف عادة أن يكون العمل مما يتعارض مع التزامات البائع (الأستاذ عبدالفتاح عبدالباقى فقرة ١٣٧ – الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة٨٠ ص١٥٠ – قارن أوبرى ورو ٥ فقرة٣٥٥ ص ٧٦) وكون البائع قد حرم من الانتفاع بالمبيع مسألة واقع يترك تقديرها لقاضى الموضوع (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٩٠ ص ٩٣) .

(٤) استئناف مختلط ٢ ديسمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٥٣ .

(1) عقد البيع عقد تبادلى ينشئ بين طرفيه التزامات متقابلة ، وقد أوجبت المادة ٤٣٩ من القانون المدنى على البائع أن يمتنع عن كل تعرض من جانب للمشترى فى حيازته للبيع سواء كان التعرض مادياً أو قانونياً ، وهذا الالتزام المستمر الملقى على عاتق البائع يقابل التزام المشترى باداء الثمن وقد خولت المادة ٤٥٧ من القانون المدنى فى فقرتها الثانية المشترى حق حبس الثمن حتى يمتنع التعرض.

(جلسة ١٩٥٩/١٢/١٧ الطعن ١٢٠ لسنة ٢٥ ق س ١٠ ص ٨١٠)

(2) مفاد نص المادة ٤٣٩ من القانون المدنى أن البائع يلتزم بضمان عدم التعرض للمشترى فى الانتفاع بالمبيع أو منازعته فيه وهو التزام ابدى يتولد من عقد البيع ولو لم يشهر فيمتنع على البائع أبداً التعرض للمشترى لأن من وجب عليه الضمان امتنع عليه التعرض وبالتالى يمتنع على البائع دفع دعوى =

القسم الثانى الذى يقوم على تصرفات قانونية ، أن التصرف القانونى الصادر من البائع إلى الغير يعد عملا مادياً بالنسبة إلى المشترى لأنه ليس طرفاً فى هذا التصرف .

ومثل القسم الأول الذى يقوم على أعمال مادية محضة أن يبيع شخص متجراً لآخر، ثم يعمد إلى إنشاء متجر مجاور من نفس النوع فينافس المشترى فى عملائه الأسبقين ويجتذبهم إليه بحكم العادة[١]. فهنا المنافسة غير مشروعة لأن البائع يضمن عدم تعرضه للمشترى فى انتفاعه بالمبيع[٢][1]، ولو أن أجنبياً هو الذى أنشأ المتجر المجاور فان منافسته لا تكون غير مشروعة ما دامت فى حدود المنافسة المألوفة بين التجار، وذلك لأن الأجنبى غير ملتزم للمشترى بعدم التعرض[٣]. أما إذا تعرض البائع للمشترى بعمل من أعمال

= المشترى بصحة ونفاذ عقد البيع بالتقادم استناداً إلى مضى أكثر من خمس عشرة سنة على حصوله البيع أو الحكم بصحة لأن ذلك من قبيل المنازعات التى يمتنع على البائع ابداؤها كأثر من آثار التزامه بالضمان وينتقل هذا الالتزام من البائع إلى ورثته – واذ قضى الحكم المطعون فيه برفض الدفع بسقوط الدعوى بالتقادم يكون قد انتهى إلى نتيجة صحيحة .

(جلسة ١٩٩١/٥/٢٦ الطعن ٥٥٧ لسنة ٥٦ ق)

(جلسة ١٩٨٨/٥/٢٤ الطعن ١٥٤٢ لسنة ٥٤ ق)

(جلسة ١٩٨٤/١٢/٢٠ الطعن ٢١٢٩ لسنة ٥١ ق س٣٥ ص ٢١٨٢)

(جلسة ١٩٨٠/١/٣١ الطعن ١٤٥١ لسنة ٤٨ ق س ٣١ ص ٣٦٦)

(١) أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٥ ص ٦٢ – بودرى وسينيا فقرة ٣٦٣ – فقرة ٣٦٤ – كولان وكابيتان ٢ فقرة ٩٠٠ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا باع شخص لآخر محلا تجارياً بما فيه من بضائع ، وتعهد فى عقد البيع بألا يتجر فى البضائع التى يتجر فيها المشترى فى الشارع الذى يقع فيه المحل المبيع ، ولكن البائع فتح محلا بنفس العمارة التى بها المحل المبيع واتجر فى بعض أنواع البضائع التى شملها عقد البيع، فقد أخل بواجب الضمان الذى يلزمه بوصفه بائعاً ، كما أخل بالشرط المتفق عليه فى عقد البيع. وإن هذا الإخلال أن هو إلا تعرض للمشترى فى بعض المبيع من شأنه أن ينقص من قيمته ، ونقص قيمة المبيع على هذه الصورة هو بذاته الضرر الذى أصاب المشترى من تعوض البائع، فلا حاجة لأن يثبت المشترى أى ضرر غير ذلك (نقض مدنى ٨ مارس سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٤٢ ص ٢٩١).

(1) اذا باع شخص لاخر محل تجارياً بما فيه من بضائع، وتعهد فى عقد البيع بألا يتجر فى البضائع التى يتجر فيها المشترى فى الشارع الذى يقع فيه المحل المبيع، ولكن البائع فتح محلا بنفس العمارة التى بها المحل المبيع واتجر فى بعض انواع البضائع التى شملها عقد البيع، فقد أخل بواجب الضمان الذى يلزمه بوصفه بائعاً، كما أخل بالشرط المتفق عليه فى عقد البيع، وان هذا الاخلال ان هو الا تعرض للمشترى فى بعض المبيع من شأنه ان ينقص من قيمته، ونقص قيمة المبيع على هذه الصورة هو بذاته الضرر الذى أصاب المشترى من تعرض البائع، فلا حاجة لأن يثبت المشترى اى ضرر غير ذلك .

(جلسة ١٩٥٦/٣/٨ مجموعة احكام النقض السنة ٧ ص ٢٩١)

(٣) ومن أمثلة التعرض الصادر من البائع، ويقوم على أعمال مادية محضة، أن يبيع مؤلف طبعة من كتابه لناشر، فلا يجوز للمؤلف– ما لم يوجد اتفاق على غير ذلك – أن يعيد طبع الكتاب قبل نفاد=

التعدى أو العنف ، فانه يكون مسئولا عن عمله كأى شخص آخر ارتكب عملا غير مشروع ، لا كبائع ملتزم بضمان التعرض[1] .

ومثال القسم الثانى الذى يقوم على تصرفات قانونية أن يبيع البائع العقار مرة ثانية، ويبادر المشترى الثانى إلى التسجيل قبل المشترى الأول ، فتنتقل الملكية إليه دون المشترى الأول، فينتزع منه العقار . فهنا يقع تعرض من جانب المشترى الثانى وهو تعرض صادر من الغير ، وهو في الوقت ذاته تعرض صادر من البائع نفسه لأن المشترى الثانى فى تعرضه قد استمد حقه من البائع . وكبيع العقار مرة ثانية بيع المنقول مرة ثانية وتسليم البائع المنقول للمشترى الثانى فتنتقل إليه الملكية بموجب الحيازة إذا كان حسن النية، فهنا أيضاً تعرض صادر من كل من المشترى الثانى والبائع فى وقت واحد . وفى المثلين المتقدمين صدر التصرف الثانى من البائع – وهو تعرض مبنى على سبب مادى كما قدمنا – بعد صدور البيع الذى أنشأ الالتزام بضمان التعرض . وقد يصدر هذا التصرف القانونى من البائع قبل صدور البيع لا بعده ، فاذا باع شخص عقاراً أو منقولا إلى مشتر أول بادر إلى تسجيل البيع في العقار أو إلى تسلم المنقول ، ثم بعد ذلك باعه إلى مشتر ثان ، فالبيع الثانى يكون بيع ملك الغير ، وقد يجيزه المشترى الثانى فيرجع على البائع بضمان التعرض الواقع منه عن طريق تصرف قانونى صدر قبل البيع .

أما تعرض البائع المبنى على سبب قانونى (tronble de droit) فيقع إذا ادعى البائع حقاً على المبيع في مواجهة المشترى، سواء كان الحق المدعى به سابقاً على البيع أو لاحقاً له، مثل الحق السابق على البيع أن يبيع البائع عقاراً، وقبل أن يسجل المشترى البيع أى قبل أن تنتقل إليه الملكية من البائع يرفع البائع على المشترى دعوى استحقاق باعتبار أنه لا يزال مالكاً للعقار، فهذه الدعوى يدفعها المشترى بضمان البائع للتعرض الصادر منه، إذ لا يجوز الاسترداد لمن وجب عليه الضمان [2]. ومثل الحق اللاحق للبيع أن يبيع

= نسخ الطبعة التى باعها (بودرى وسينيا فقرة ٣٦٥ – الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٢٣ ص ٢٧٢). ومن أمثلته كذلك أن يبيع شخص مصنعاً يعتمد فى توليد الكهرباء على مسقط مياه بقى فى ملك البائع، ثم يغير البائع مسقط المياه بحيث يمتنع توليد الكهرباء أو يقل (بودرى وسينيا فقرة ٣٥٢ مكررة – بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٤١٥) . وقضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن البائع يكون مسئولا إذا هو باع قطعة أرض حددها بميدان مملوك له ، ثم ألغى الميدان بعد ذلك وقسمه أجزاء لبيعه ، لأن فى ذلك حرمان المشترى من الانتفاع بمنظر الميدان (استئناف وطنى ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٥ ص ٢٥٠).

(١) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٩٠ ص ٩٣ .

(٢) أو يقال الاسترداد والضمان لا يجتمعان . ومن أمثلة الحق السابق على البيع أن يكون البائع قد أفرز المبيع بموجب قسمة قابلة للإبطال ، ثم باعه بعد ذلك ، فلا يجوز له أن يطالب بإبطال القسمة ، لئلا يبطل البيع فيكون هذا تعرضاً منه مبنياً على سبب قانونى (أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٥ ص ٧٨ هامش رقم ٥ – الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٢٣ ص ٢٧٢) .

شخص عيناً غير مملوكاً له ، ثم يصبح مالكاً لها بسبب من أسباب الملك كالإرث الوصية أو الشراء من المالك الحقيقى أو الشفعة . فيحتج على المشترى بهذا الملك الحادث بعد البيع ، ويريد أن ينتزع العين منه بموجبه ، فعند ذلك يجوز للمشترى أن يدفع دعوى البائع بالتزامه ضمان التعرض الصادر منه ، وقد علمنا أن القانون فى هذه الحالة عمد إلى طريق أقصر ، إذ جعل الملكية في مثل هذا البيع – وهو بيع ملك الغير – تنتقل إلى المشترى إذا آلت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور البيع (م ٢/٤٦٧ مدنى) .

هذا وقد رأينا أن الحق اللاحق للبيع ينتقل بسبب من أسباب الملك، وذكرنا من أسباب الملك الإرث والوصية والعقد والشفعة(1). أما الاستيلاء فغير متصور فى حالتنا هذه

(1) أ – يمتنع على البائع أن يتعرض للمشترى سواء أكان التعرض مادياً أم كان تعرضاً قانونيا لأن من وجب عليه الضمان امتنع عليه التعرض ، ولما كان من آثار الأخذ بالشفعة أن الحكم الذى يصدر نهائيا بثبوتها يعتبر سندا للملكية الشفيع فتنتقل ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفيع الذى يحل محل المشترى فى جميع حقوقه والتزاماته قبل البائع على ما تقضى به المادتان ٩٤٤ و ١/٩٤٥ من القانون المدنى ، ومن ثم فان طلب الأخذ بالشفعة يمتنع على البائع فى مواجهة من اشترى منه العقار حتى ولو انتقل إليه حق الشفعة بطريق الأرث لأن فى ذلك تعرض منه للمشترى فى العقار المبيع وأخلالاً بالتزامه الأبدى ولن يمتد عند البيع وفقا لهذا العقد .
(جلسة ١٩٨٨/٦/١٦ الطعن ١٩٢٠ لسنة ٥٥ ق)
(جلسة ١٩٩١/٤/٢٤ الطعن ٣٣٦٣ لسنة ٥٨ ق)

ب – التزام البائع بضمان عدم التعرض للمشترى يوجب على البائع تنفيذ هذا الالتزام تنفيذا عينيا بان يدفع ادعاء الغير بجميع الوسائل القانونية التى يملكها حتى يكف عن تعرضه للمشترى فاذا لم ينجح البائع فى ذلك وجب عليه تنفيذ التزامه بالضمان عن طريق التعويض .
(جلسة ١٩٨٨/٢/٢٨ الطعن ١٧٩ لسنة ٥٣ ق)

جـ – الضمان الناشئ لمصلحة مشترى العقار نتيجة قيام البائع بتحميل العقار برهن رسمى باعتباره تعرضا ماديا منه ، لا يتيح لهذا المشترى الذى لم يقم بقضاء الدين المضمون بالرهن واراد استبقاء المبيع واختار التعويض العينى سوى مطالبة البائع ازالة التعرض بتحرير العقار المبيع من الرهن فان امتنع البائع عن التنفيذ أو استحال عليه ذلك لم يكن لهذا المشترى سوى التعويض بمقابل وفى الحالين لا يكون له أن يطلب الزام البائع بأن يؤدى له هو الدين المضمون بالرهن لينوب عنه فى تسليمه للدائن المرتهن، لما كان ذلك وكان الطاعن لم يطالب البائعين بدعواه الماثلة سوى بالزامهم بان يدفعوا متضامنين له قيمة دين البنك الدائن المرتهن ليؤديه هو له فإن دعواه فى هذا الخصوص تكون غير مقبوله.
(جلسة ١٩٨٦/٣/١٣ الطعن ٢١٥٢ لسنة ٥٢ ق)

د – تنازل البائع للمشترى فى عقد البيع بالجدك عن عقد ايجار المحل المبيع وتعهده بسداد القيمة الايجارية للمؤجر من تاريخ استلامه المحل . مؤداه . ضمان البائع لاستمرار العلاقة الايجارية .
(جلسة ١٩٩٨/٤/٢٨ الطعن ٢٩٨٩ لسنة ٥٩ ق).

إذ الاستيلاء يفترض أن الشئ مباح غير مملوك لأحد ، وهنا المبيع شئ غير مباح إذ سبق للبائع بيعه . وكذلك الالتصاق لا يرد من الناحية العملية ، إذ يصعب افتراض أن المبيع مواد بناء باعها صاحبها ثم أقام المشترى بناء بهذه المواد علي أرض البائع فملكها البائع بالالتصاق، ولو تحقق هذا الفرض فعلا فلا نرى مانعاً من أن يحتج البائع فى مواجهة المشترى بأنه تملك مواد البناء بالالتصاق ويلتزم بدفع إحدى القيم المنصوص عليها فى المادتين ٩٢٤ و ٩٢٥ مدنى إلى المشترى تبعاً لما إذا كان هذا سيئ النية أو حسن النية .

بقى من أسباب الملك التقادم ، وهذا ما ننتقل الآن اليه .

٣٣١ – تملك البائع المبيع بالتقادم : يجب هنا أن نميز بين فرضين ، أولهما أن البائع باع عيناً لا يملكها ولكنه كان حائزاً لها ثم ملكها بعد ذلك بالتقادم ، والفرض الثانى أن البائع باع عيناً مملوكة له ولم يسلمها للمشترى بل بقى حائزاً لها حتى ملكها بالتقادم .

ففى الفرض الأول يكون البيع بيع ملك الغير، إذ البائع لا يملك العين وقت أن باعها. ولما كان قد أصبح مالكاً لها بعد ذلك ، فان الفقرة الثانية من المادة ٤٦٧ مدنى تنطبق فى هذه الحالة، وقد آلت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور العقد، فينقلب بيع ملك الغير صحيحاً وتنتقل الملكية من البائع إلى المشترى بمجرد أن يتملك البائع العين بالتقادم. ويستوى فى ذلك أن يكون البائع قد تملك العين بالتقادم الطويل أو بالتقادم القصير مع حسن النية. مثل التملك بالتقادم الطويل أن يكون البائع حائزاً للمبيع أربع عشرة سنة قبل البيع، ثم يبيعها وتبقى فى يده سنة يستكمل بها مدة التقادم خمس عشرة سنة ، فتنتقل إليه الملكية بالتقادم وتنتقل فى الحال إلى المشترى. ومثل التملك بالتقادم القصير أن يكون البائع قد اشترى العقار من غير المالك وهو حسن النية وبقى واضعا يده عليه أربع سنوات، ثم باعه للمشترى مع استمرار وضع يده السنة الباقية لاستكمال المدة خمس سنوات، فيملك العقار بالتقادم القصير، وتنتقل منه الملكية إلى المشترى .

أما فى الفرض الثانى فان البائع قد باع عيناً يملكها ، وسواء انتقلت الملكية إلى المشترى أو لم تنتقل بأن كان المبيع عقاراً ولم يسجل المشترى البيع ، فان البائع ملتزم بضمان التعرض (1). فاذا هو امتنع من تسليم العين للمشترى ، ووضع يده عليها باعتباره مالكاً فكان بذلك مغتصباً لها ، فانه يكون متعرضاً للمشترى منذ أول عمل مادى من

(1) ملكية العقار تظل معقودة لصاحبها إلى أن يملكها منه غيره بطريق من طرق كسب الملكية ولا تقبل من قبل ذلك محاولة كسب ملكية مال هو فى ملكيته فعلا، ومن ثم فان من باع العقار الذى يملكه لا يجوز له التحلل من التزاماته الناشئة عن هذا البيع بحجة معاودته اكتساب ملكيته من المشترى بطريق التقادم إلا بعد أن تكون الملكية قد انتقلت من ذلك البائع إلى هذا المشترى فعلا، وليس قبل ذلك. (جلسة ١٩٨٥/١/٢٤ الطعن ١٢٩٦ لسنة ٥١ ق).

أعمال وضع اليد التى تدل على نية التملك ، ومن ذلك الوقت يلتزم بالضمان . ولكن إذا انقضت خمس عشر سنة على العمل دون أن يقطع المشترى التقادم ، تم أمران : (أولا) سقطت دعوى المشترى فى ضمان التعرض بالتقادم المسقط . (ثانياً) تملك البائع العين المبيعة بالتقادم المكسب ، ولا يستطيع المشترى أن يحتج عليه بالتزام الضمان بعد أن سقط بالتقادم . ونرى من ذلك أن البائع يستطيع أن يتملك المبيع على المشترى بالتقادم إذا بدأ سريان هذا التقادم بعد البيع ، ولا يحول دون ذلك التزامه بضمان التعرض . ذلك أن التقادم سبب قانونى للتملك لاعتبارات ترجع إلي وجوب استقرار التعامل ، ويستطيع غير المالك أن يتملك بهذا السبب حتى لو كان بائعاً [١] للشئ الذى يتملكه بالتقادم[٢].

وهـذا هو الذى قضت به محكمة النقض إذ تقول : «متى كان الأساس التشريعى للتملك بالتقادم الطويل هو قيام قرينة قانونية قاطعة على توافر سبب مشروع للتملك لدى واضع اليد، كان القول بأن تمسك البائع باكتساب ملكية العقار بوضع اليد عليه فى المدة الطويلة بعد بيعه وانتقال ملكيته إلى المشترى يعتبر من جانبه تعرضاً لا يتفق وواجب الضمان المفروض عليه قانوناً – كان هذا القول مخالفاً للقانون »[٣] . وقد

(١) فلا مسئولية على البائع ما دام يرتكن فى عمله إلى حق مقرر فى القانون ، فله مثلا أن ينفذ على المبيع بدين له فى ذمة المشترى ، وله أن يأخذ المبيع بالشفعة إذا باعه المشترى إلى أجنبى فيكون له كذلك أن يتملك المبيع بالتقادم (الأستاذ عبدالفتاح عبدالباقى فقرة ١٣٧ – الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٨٠ ص ١٥٢) .

(٢) الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٢٤ – الأستاذ عبدالفتاح عبدالباقى فقرة ١٣٧ – الأستاذ جميل الشرقاوى ص ٢٣٠ – ص ٢٣٢ – الأستاذ عبدالمنعم البدراوى فقرة ٢٩١ – الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٨٠ ص ١٥٢ – ص ١٥٤ .

وإذا كان المبيع عقاراً ولم يسجل المشترى عقد البيع ، فاستبقى البائع الملكية مع الحيازة خمس عشرة سنة، فإنه يبقى مالكاً كما كان دون حاجة إلى التمسك بالتقادم المكسب ، ولو فرض أن المشترى سجل البيع بعد انقضاء خمس عشرة سنة ، فإن البائع يستطيع أن يحتج بالتقادم ، إذ يعتبر أنه قد وضع يده على عقار غير مملوك له منذ البيع ، وذلك بفضل الأثر الرجعى للتسجيل فيما بين المتعاقدين على الرأى الذى نقول به . بقى أن يسجل المشترى عقد البيع بعد مضى مدة من صدوره ولكن قبل انقضاء خمس عشرة سنة ، ففى هذه الحالة يصبح المشترى مالكاً للعقار المبيع من وقت البيع بالنسبة إلى البائع بفضل الأثر الرجعى للتسجيل ، فاذا أكمل البائع مدة التقادم كان واضعاً يده على ملك غيره منذ البيع، فيملكه بالتقادم .

(٣) نقض مدنى ٨ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٩ ص ٦٩ – ١٠ يناير سنة ١٩٥٢ مجموعة حكام النقض ٣ رقم ٦٢ ص ٣٦٨ – وانظر أيضاً : استئناف مختلط ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٥٣ – ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٤١ م ٥٤ ص ١٤ – أول يونيه سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١٧٢ .

وقد سلمت محكمة النقض فى حكم آخر بجواز التمسك بالتقادم المكسب دون التقادم المسقط، فقضت بأن من أحكام عقد البيع إلزام البائع بضمان عدم منازعة المشترى فى المبيع ، فيمتنع عليه =

ذهبت محكمة النقض الفرنسية [1] إلى عكس هذا الرأى ، وقضت بأن البائع لا يستطيع فى هذه الحالة أن يحتج بالتقادم على المشترى ، لأنه ملتزم بالضمان وهذا الالتزام أبدى لا يسقط بالتقادم [2] . ومن اليسير الرد على هذه الحجة ، فانه إذا كان التزام البائع بضمن التعرض الصادر منه التزاماً أبدياً ، إلا أنه متى وقع منه تعرض فعلا فقد تحقق الضمان، وكان للمشترى دعوى الرجوع به على البائع ، وهذه الدعوى تسقط كسائر الدعاوى بانقضاء خمس عشرة سنة من وقت نشوئها أى من وقت وقوع التعرض فعلا [3] .

٣٣٢ - (٢) المدين فى الالتزام بضمان التعرض الصادر من البائع - عدم قابلية الالتزام للانقسام الملزم بضمان التعرض الموجب للضمان [4]. ولا ينتقل هذا الالتزام إلى الخلف العام ، لأن الالتزام فى القانون المصرى لا ينتقل من المورث إلى الوراث ، بل يبقى فى التركة. فاذا باع شخص عيناً مملوكة لوارثة ثم مات ، فان الوارث يستطيع أن يسترد العين من المشترى، ولا يجوز للمشترى أن يحتج عليه بأنه ملتزم بالضمان وراثة عن مورثه،

= أبداً التعرض للمشترى ، وينتقل هذا الالتزام من البائع إلى ورثته فيمتنع عليهم أبدا التعرض للمشترى فيما كسب من حقوق بموجب العقد ، إلا إذا توافرت لديهم من بعد تاريخ عقد البيع شروط وضع اليد على الأرض المبيعة المدة الطويلة المكسبة للملكية وفق ما جرى به قضاء هذه المحكمة. ولما كان دفاع المطعون عليهم بسقوط حق الطاعنة لقعودها عن رفع دعواها أكثر من خمس عشرة سنة بعد تاريخ صدور العقد موضوع الدعوى هو من قبيل المنازعة الممتنعة قانوناً على المطعون عليهم بمقتضى إلزام القانون مورثهم بالضمان السالف الذكر ، وكان هذا الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه برفض دعوى الطاعنة استناداً إلى هذا الدفاع ، فيكون قد أخطأ فى تطبيق القانون (نقض مدنى ٤ مارس سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٩٠ ص ٥٦٩) . ونرى أنه يجوز للبائع أن يتمسك بالتقادم المسقط إذا انقضت خمس عشرة سنة ، لا من تاريخ صدور البيع ، بل من تاريخ وقوع التعرض منه فعلا. فإذا رفع المشترى ، بعد انقضاء المدة ، دعوى الضمان ، جاز للبائع أن يدفعها بالتقادم المسقط، بصرف النظر عما إذا كان قد كسب المبيع بالتقادم المكسب أو لم يكسبه (أنظر فى هذا المعنى الأستاذ إسماعيل غانم مذكرات غير مطبوعة فى البيع ص ١١٥ - ص ١١٦).

(١) نقض فرنسى ١٣ مايو سنة ١٩١٢ داللوز ١٩١٣ - ١ - ١٤٣ .

(٢) ويؤيد رأى محكمة النقض الفرنسية أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٥ ص ٦٣ - بيدان ١١ فقرة ٢٠١ - كولان وكابيتان ٢ فقرة ٩٠٤ .

(٣) قارب بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٨٩ ص ٩٢ .

(٤) وفى البيع الجبرى يعتبر المدين بائعا ، وهو الذى يقع عليه ضمان المبيع ، فلا يحق له أن يتعرض للراسى عليه المزاد بنفسه تعرضاً مادياً أو تعرضاً قانونياً ، كأن يدعى الملكية لنفسه بأى سبب من أسباب التمليك (استئناف مصر ٢٥ فبراير سنة ١٩٤٧ المجموعة الرسمية ٤٨ رقم ٢٤٩).

فان هذا الالتزام لم ينتقل إليه [1](1) . ولكن الالتزام بالضمان يبقى فى التركة كما قدمنا، ومن ثم يرجع المشترى على التركة بالتعويض ، ولا يأخذ الوارث من التركة شيئاً قبل استنزال هذا التعويض منها . كذلك لا ينتقل الالتزام بالضمان إلى الخلف الخاص . فلو باع شخص عقاراً ، ثم أوصى به لشخص آخر ، وبعد موته بادر الموصى له إلى تسجيل الوصية قبل أن يسجل المشترى البيع ، فان المشترى لا يستطيع أن يحتج على الموصى له بأنه ملتزم بالضمان ليسترد منه العقار أو ليستبقيه إذا استرده الموصى له ، لأن الالتزام بالضمان لم ينتقل من الموصى إلى الموصى له ، بل بقى فى التركة . وللمشترى أن يرجع بالتعويض على التركة، ويقدم فى رجوعه بهذا الحق على الموصى له ، فلا يأخذ الموصى له العقار إلا إذا كان الباقى من أموال التركة يفى بالتعويض ويبقى من هذا الباقى ما لا يقل عن ضعف قيمة العقار حتى لا تزيد الوصية على ثلث التركة بعد استنزال الديون . ولا يتعدى الالتزام بالضمان البائع إلى دائنه ، فلو باع شخص عقاراً مملوكاً له ، وقبل أن يسجل المشترى البيع بادر دائن البائع إلى التنفيذ على العقار وسجل تنبيه نزع الملكية ، فمن حق الدائن أن يستمر فى التنفيذ ولا يحتج عليه المشترى بأنه ملتزم بالضمان عن مدينه ، فان هذا الالتزام لا يتعدى إليه كما قدمنا .

والتزام البائع بضمان تعرضه التزام بالامتناع عن عمل هو التعرض للمشترى فى ملكيته وانتفاعه بالمبيع، فهو إذن التزام غير قابل للانقسام (indivisible)، حتى لو كان

(١) الأستاذ عبدالمنعم البدراوى فقرة ٢٩٣ - الأستاذ جميل الشرقاوى ص ٢٣٠ هامش ٢ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٨١ ص ١٥٦ - ص ١٥٧ - وقارن الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٢٣ ص ٣٧٢ وفقرة ٢٢٦ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ١٦٤ ص ٢٨٦ - الأستاذان أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ٣٤٧ .

(1) أ - من احكام البيع المنصوص عليها فى المادة ٤٣٩ من القانون المدنى التزام البائع بضمان عدم التعرض للمشترى فى الانتفاع بالمبيع أو منازعته فيه وهو التزام مؤبد يتولد عن عقد البيع بمجرد انعقاده ولو لم يشهر وينتقل من البائع إلى ورثته ، وليس لهم منازعة المشترى فيما كسبه إلا إذا توافرت لديهم أو لدى مورثهم بعد تاريخ البيع شروط التقادم المكسب الطويل المدة .

جلسة ١٩٨٥/١٢/١٢ الطعن ٥٤٨ لسنة ٥٢ ق)

ب - طلب ورثة البائع تثبيت ملكيتهم للعين المبيعة . اعتباره إخلالا بالتزامهم بعدم التعرض للطاعنة - ويمتنع عليهن قانونا منازعتها فيما كسبت من حقوق بمقتضى عقدى البيع ولو لم يسجلا . واذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وأقام قضاءه على أن ملكية الأعيان المبيعة لم تنتقل إلى مورث الطاعنة لأنه لم يسجل عقدى شرائه فأنه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه .

(جلسة ١٩٩٨/١١/١٧ الطعن ١٢٧١ لسنة ٦٢ ق)

(جلسة ١٩٦٦/١/١٣ الطعن ٢٢٠ سنة ٣١ ق س ١٧ ع١ ص ١٢٣)

(جلسة ١٩٦٣/٣/٢٨ الطعن ٢٨ لسنة ٢٨ ق س ١٤ ع ١ ص ٣٩٨)

المبيع ذاته قابلا لأن ينقسم . ويترتب على ذلك أنه لو تعلق هذا الالتزام بذمة أكثر من شخص واحد ، لم ينقسم الالتزام على المدينين المتعددين ، بل يكون كل منهم مديناً بالالتزام كله . فلو كان شخصان يملكان داراً في الشيوع ، وباعاها معاً ، التزم كل منهما نحو المشترى بضمان التعرض الصادر منه في كل الدار وليس في النصيب الذى باعه فحسب. ولو ظهر بعد ذلك أن أحد الشخصين البائعين هو الذى يملك الدار كلها وأن الشخص الآخر لا يملك فيها شيئاً ، فان الشخص الأول يبقي ملتزماً بعدم التعرض في كل الدار، ولا يستطيع أن يسترد من المشترى النصيب الشائع الذى لم يبعه لأن التزامه بعدم التعرض غير قابل للانقسام ، ويجوز للمشترى أن يدفع استرداده بأنه ملتزم بعدم التعرض. فلا يبقى في هذه الحالة للشخص الأول إلا أن يرجع على الشخص الآخر الذى ظهر أنه لا يملك شيئاً في الدار . وهذا هو الحكم لو أن شخصين ورثا داراً فباعاها معاً ، ثم ظهر أن أحدهما هو الوارث وحده ، فلا يجوز له أن يسترد شيئاً من المشترى ، إذ هو ضامن لتعرضه في كل الدار . وهذا هو ما أجمع عليه القضاء والفقه في فرنسا [(١)]، وسار عليه الفقه في مصر[(٢)].

٣٣٣ – (٣) الدائن في الالتزام بضمان التعرض الصادر من البائع : الدائن في هذا الالتزام هو في الأصل المشترى ، فهو الذى يقع عليه التعرض عادة. وينتقل هذا الحق إلى الخلف العام ، لأن الحقوق بخلاف الديون تنتقل من المورث إلى الوارث . فلو أن شخصاً اشترى داراً ، وتركها لوارث ، وتعرض البائع لهذا الوارث في الدار، كان

(١) نقض فرنسى ٥ يناير سنة ١٨١٥ سيريه ١٥ – ١ – ٢٣١ – ١١ أغسطس سنة ١٨٣٠ سيريه ٣٠ – ١ – ٣٩٥ – نقض بلجيكلى ٥ يونيه سنة ١٨٥٦ داللوز ٥٦ – ٢ – ٢٠٩ وباسيكريزى ٥٦ – ١ – ٣٠٨ – جيوارا فقرة ٣٤٣ فقرة ٣٤٤ – أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٥ هامش ٨ و ١٢ – لورن ٢٤ فقرة ٢١٥ – بودرى وسينيا فقرة ٣٦٢ – بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٩٣ – كولان وكابيتان ، فقرة ٩٠٣ – ويعترض بولانيجه على هذا الحكم ، ويميل إلى التمييز ما بين التعرض المبنى على سبب مادى وهذا غير قابل للانقسام والتعرض المبنى على سبب قانونى وهو قابل له (بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٥١٦ – وانظر أيضاً جوسران ٢ فقرة ١٠٩٦) .

وكان الحكم في القانون الفرنسى القديم غير ذلك ، إذ كان الالتزام ينقسم ، فإن استرد البائع الأول النصيب الذى لم يبعه في الدار ، جاز للمشترى أن يلزمه بأخذ الدار كلها حتى لا تتجزأ عليه الصفقة. ويسترد المشترى من البائع الأول كل الثمن ، ثم يرجع البائع الأول على البائع الثانى بما دفعه عنه (بوتييه في البيع فقرة ١٧٣) .

(٢) الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٢٧ – الأستاذ محمد على إمام ٢١٤ – الأستاذ عبدالفتاح عبدالباقى فقرة ١٣٨ – الأستاذ جميل الشرقاوى فقرة ٦٦ ص ٢٣٠ – الأستاذ عبدالمنعم البدراوى فقرة ٢٩٣ – الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٨١ – الأستاذان أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ٣٤٧ – فقرة ٣٤٨ . وقارن الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ١٦٤ ص ٢٨٧ .

للوارث أن يحتج عليه بالتزامه بضمان التعرض كما كان يحتج مورثه . وينتقل هذا الحق أيضاً إلى الخلف الخاص في العين المبيعة ، فلو أن شخصاً باع داراً ، وباع المشترى الدار لمشتر ثان، كان البائع ملزماً بعدم التعرض لا للمشترى الأول فحسب، بل أيضاً للمشترى الثاني وهو الخلف الخاص للمشترى الأول في الدار المبيعة . وللمشترى الثاني أن يرجع على البائع بدعوى مباشرة، هي دعوى الضمان التى كانت للمشترى الأول وقد انتقلت إلى المشترى الثاني[(١)] .

ويستفيد دائن المشترى من ضمان البائع للتعرض . فلو أن شخصاً باع عيناً غير مملوكة له ثم ملكها ، فانه لا يستطيع أن يستردها من المشترى كما سبق القول لالتزامه بعدم التعرض، وكذلك لا يستطيع أن يمنع دائن المشترى من التنفيذ عليها لأن الدائن يستفيد من هذا الالتزام .

٣٣٤ – (٤) البيع الذى ينشئ الضمان : وكل بيع ينشئ الضمان ، فيتولد منه التزام في ذمة البائع بعدم التعرض للمشترى . يستوى في ذلك البيع المسجل والبيع غير المسجل [(1)] ويستوى في ذلك أيضاً بيع المساومة وبيع المزاد ولو كان بيعاً قضائياً أو إداريا.

فاذا باع شخص عقاراً ، ثم باعه مرة أخرى إلى مشتر ثان، وبادر المشترى الثاني إلى التسجيل قبل المشترى الأول، فان البائع يكون ملتزماً بضمان التعرض نحو المشترى الأول ولو أن البيع الصادر لهذا المشترى غير مسجل. وكذلك يكون البائع ملتزماً بضمان التعرض إذا صدر هذا التعرض من دائنه في بيع غير مسجل . فاذا باع شخص عقاراً ، ولم يسجل المشترى البيع فبقى العقار مملوكاً للبائع ، وبادر دائن البائع إلى التنفيذ على العقار فسجل تنبيه نزع الملكية قبل أن يسجل المشترى عقد البيع ، فقد قدمنا أن للدائن أن يستمر في

(١) كذلك لو كان الخلف الخاص موهوباً له فانه يكون دائناً بضمان التعرض لمن باع للواهب ، وله أيضاً دعوى مباشرة ، وهذه بخلاف الدعوى غير المباشرة التى يستطيع رفعها باسم الواهب (بودرى وسينيا فقرة ٣٥٩ ص ٣٦٤) .

(1) عقد البيع سواء أكان مسجلاً أو غير مسجل يلزم البائع بإن يمكن المشترى من الانتفاع بالمبيع وحيازته حيازة هادئه ، أما عدم تسجيل المشترى عقد شرائه فلا يترتب عليه سقوط حقه في الضمان لان التزام البائع به هو من الالتزامات الشخصية التي تنشأ عن عقد البيع بمجرد انعقاد هو التي تنتقل من البائع إلى ورثته فيمتنع عليهم مثله منازعة المشترى فيما كسبه من حقوق بموجب عقد البيع إلا اذا توافرت لديهم أو لدى مورثهم بعد تاريخ البيع شروط وضع اليد على العين المدة الطويلة المكسبة للملكية .

(جلسة ١٩٧٥/٤/٢٩ الطعن ٤٧٦ لسنة ٣٩ ق س ٢٦ ص ٨٤٤)

(جلسة ١٩٧٠/٤/١٦ الطعن ١٠ لسنة ٣٦ ق س ٢١ ص ٦٥٨)

(جلسة ١٩٦٩/١/١٦ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٠ ص ١٢٨)

التنفيذ ، ويبقى البائع ملتزماً بالضمان نحو المشترى ولو أن البيع لم يسجل [(١)] [(1)].

وضمان التعرض واجب فى بيع المزاد وجوبه فى بيع المساومة ، ويستوى كما قدمنا أن يكون البيع بالمزاد قضائياً أو إدارياً أو اختيارياً . وسترى أن ضمان العيوب الخفية لا يجب فى البيوع الجبرية ، قضائية كانت أو إدارية ، فقد نصت المادة ٤٥٤ مدنى على أنه «لا ضمان للعيب فى البيوع القضائية ، ولا فى البيوع الإدارية إذا كانت بالمزاد» . ولكن ضمان التعرض واجب فى كل هذه البيوع . فاذا باع الدائنون على المدين ماله فى المزاد، نشأ عن هذا البيع التزام بعدم التعرض، وهذا الالتزام يتعلق بذمة البائع كما هو الأمر فى كل بيع آخر. والبائع هنا ليس هم الدائنين الذين باعوا على المدين العين بالمزاد ، ولكنه هو المدين نفسه فهو صاحب العين وقد بيعت عليه ، فيكون ملتزماً بعدم التعرض للمشترى الذى رسا عليه المزاد [(٢)].

٣٣٥ – (ب) ما يترتب على قيام ضمان التعرض الصادر من البائع: التزام البائع بعدم التعرض للمشترى التزام دائم، فيجب على البائع أن يمتنع عن التعرض للمشترى فى أى وقت بعد البيع، ولو كان قد انقضى على البيع أكثر من خمس عشرة سنة وهى مدة التقادم[(٣)]. فاذا أخل به البائع بأن تعرض فعلا للمشترى، تولد عن الالتزام الأصلى بعدم

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن عدم تسجيل المشترى عقد شرائه لا يترتب عليه سقوط حق الضمان. وإذن فالحكم الذى يرفض دعوى الضمان تأسيساً على أن نزع ملكية العين من المشترى لم يكن إلا نتيجة إهماله فى تسجيل عقد شرائه ، مما مكن دائن البائع الشخصى من نزع ملكية العين المبيعة، يكون حكماً مخالفاً للقانون متعينا نقضه (نقض مدنى ١٣ فبراير سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٢٦ ص ١٠٤٩).

وضمان التعرض فى ذلك كضمان الاستحقاق ، فالضمانات واجبان حتى فى بيع غير مسجل . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : «هذا وضمان الاستحقاق واجب حتى فى بيع غير مسجل ، كما إذا باع البائع العقار مرة أخرى قبل أن يسجل المشترى الأول، وكما إذا نفذ الدائن الشخصى للبائع على العقار المبيع قبل تسجيل البيع : نقض ١٣ فبراير سنة ١٩٣٦ ملحق مجلة القانون والاقتصاد ٦ ص ١٢٤» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٨٢) .

(٢) ويلتزم البائع نحو الشفيع بضمان التعرض ، كما كان يلتزم نحو المشترى قبل الأخذ بالشفعة . ويجوز أيضاً لمسترد حصة شائعة فى منقول باعها أحد الشركاء لأجنبى (م ٨٣٣ مدنى) الرجوع على الشريك البائع بضمان التعرض .

(٣) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٨٩ ص ٩٢ .

(1) للبائع بعقد لم يشهر الحق فى طلب تثبت ملكيته إلى العقار المبيع ضد من ينازع فيه عدا المشترى الذى يلتزم البائع بعدم التعرض له بمقتضى الضمان الذى يتولد من عقد البيع ولو لم يكن شهرا .
(جلسة ١٨/٢٢/١٩٥٨ الطعن ٢٣٣ لسنة ٢٤ ق س ٩ ص ٧٧٦)

التزام جزائى بالتعويض [(1)]. وهذا الالتزام الجزائى هو الذى يسقط بالتقادم ، فاذا لم يطالب به المشترى فى خلال خمس عشرة سنة من وقت وقوع التعرض فعلا ، سقط بالتقادم كما قدمنا ، ولا يستطيع المشترى بعد ذلك أن يطالب به البائع .

هذا الالتزام الجزائى هو الذى يترتب على قيام ضمان التعرض . وتختلف طريقة تنفيذ هذا الالتزام باختلاف الأحوال التى يقوم فيها ضمان التعرض . فاذا كان تعرض البائع للمشترى قائماً على أعمال مادية محضة ، كمنافسة المشترى فى المتجر المبيع ، وجب على البائع تعويض المشترى عما أصابه من الضرر بسبب هذه المنافسة ، ووجب فى الوقت ذاته أن يقفل البائع المتجر الذى أنشأه ، ويجوز أن يحكم عليه بتهديد مالى عن كل يوم أو أسبوع أو شهر يتأخر فيه عن إقفال المتجر [(١)].

وإذا كان تعرض البائع قائماً على تصرف قانونى صادر منه ، بأن باع مثلا العقار مرة أخرى لمشتر ثان وسبق المشترى الثانى المشترى الأول إلى التسجيل ، فلا مناص من تقديم المشترى الثانى على المشترى الأول ، ويرجع المشترى الأول فى هذه الحالة بالتعويض على البائع ، إما بموجب استحقاق الغير للمبيع ، وإما بموجب ضمان البائع للتعرض الصادر منه لأن الغير استمد حقه من البائع نفسه .

وإذا كان تعرض البائع قائماً على أنه يدعى لنفسه حقاً على المبيع ، بأن كان مثلا قد باع عيناً غير مملوكة له ثم تملكها بعد ذلك ، فالجزاء هنا يتخذ صورة خاصة هى أن ترد دعوى البائع باسترداد المبيع من المشترى ، فلا يستطيع البائع أن يسترد العين ، لأن من وجب عليه الضمان لا يستطيع الاسترداد كما سبق القول . بل إن البائع ، لو لم يتملك

---

(١) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٩١ ص ٩٥ – عبدالفتاح عبدالباقى فقر ١٣٨ .

(1) أ – التزام البائع بالضمان هو من الالتزامات التى تنشأ من عقد البيع بمجرد انعقاده ويتعين على البائع تنفيذ هذا الالتزام تنفيذا عينيا بان يدفع ادعاء الغير بجميع الوسائل القانونية التى يملكها حتى يكف عن تعرضه للمشترى فإذا لم ينجح البائع فى ذلك وجب عليه تنفيذ التزامه بالضمان عن طريق التعويض .
(جلسة ٢٨/٢/١٩٨٨ الطعن ١٧٩ لسنة ٥٣ ق)
(جلسة ٢٩/٤/١٩٧٥ مجموعة احكا م النقض السنة ٢٦ ص ٨٤٤)

ب – عقد البيع عقد تبادلى ينشئ بين طرفيه التزامات متقابلة ، وقد أوجبت المادة ٤٣٩ من القانون المدنى على البائع أن يمتنع عن كل تعرض من جانبه للمشترى فى حيازته للمبيع سواء كان التعرض مادياً أو قانونياً ، وهذا الالتزام المستمر الملقى على عاتق البائع يقابله التزام المشترى بإداء الثمن ، وقد خولت المادة ٤٥٧ من القانون المدنى فى فقرتها الثانية المشترى حق حبس الثمن حتى يمتنع عن التعرض .
(جلسة ١٧/١٢/١٩٥٩ الطعن ١٢٠ لسنة ٢٥ ق س ١٠ ص ٨١٠)

المبيع بعد البيع ، لا يستطيع أن يطلب إبطال البيع الصادر منه للمشترى ، لأن فى طلب إبطال البيع ضرباً من التعرض للمشترى والبائع ملزم بعدم التعرض (١) .

وفى أحكام بيع ملك الغير ما يتفق مع قدمناه من الأحكام . فالبائع إذا باع عيناً غير مملوكة له ثم ملكها بعد ذلك ، انقلب بيع ملك الغير صحيحاً وانتقلت الملكية إلى المشترى من البائع ، وهذا يؤيد أن البائع لا يستطيع فى هذه الحالة أن يسترد المبيع من المشترى إذ يواجهه بالتزام الضمـان . كذلك لا يستطيع البائع أن يطالب بإبطال البيع الصادر منه لعين غير مملوكـة له ، لأن قابلية بيع ملك الغير للإبطـال إنما تقررت لصالح المشترى لا لصالح البائع ، وهذا يؤيد أن البائع لا يستطيع طلب إبطال البيع إذ يواجهه كما قدمنـا بالتزام الضمان (٢)(1).

٣٣٦ – (جـ) الاتفاق على تعديل أحكام ضمان التعرض الصادر من البائع : تنص الفـقرة الأولى من المادة ٤٤٦ من التقنين المدنى على ما يأتى : «إذا اتفق على عدم الضمـان، بقى البائع مع ذلك مسئولا عن أى استحقاق ينشأ عن فعله، ويقع باطلا كل اتفاق يقضى بغير ذلك» (٣).

(١) وقد أوردكولان وكابيتان مثلا للتعرض الصادر من البائع أن يطالب بإبطال بيع صدر منه فى عين غير مملوكة له ، فيعد هذا تعرضاً منه للمشترى ولا تقبل دعواه (كولان وكابيتان ، فقرة ٩٠٤).

(٢) وقد يقوم تعرض البائع على تقدمه بطعن فى سند ملكيته للمبيع ، فاذا قبل هذا الطعن تأثر حق المشترى. مثل ذلك أن يكون البائع قد تقاسم مع شركائه فى الشيوع، وباع حصته التى أفرزتها هذه القسمة ، فلا يجوز له بعد ذلك أن يطعن فى القسمة بالإبطال ، لأن هذا الطعن من شأنه أن يؤثر فى حق المشترى للحصة المفرزة ، فيعتبر الطعن تعرضاً منه للمشترى ، ومن ثم-لا يسرى فى حق هذا المشترى. (انظر فى هذا المعنى بلانيول وريبير وهامل ١٠ ص ٩٥ هامش ٢) .

(٣) أنظر تاريخ هذا النص والنصوص المقابلة له فى التقنين المدنى السابق وفى التقنينات المدنية العربية الأخرى ما يلى فقرة ٣٥٥ – ولا فرق فى الأحكام ما بين التقنين المدنى الجديد وبين التقنين المدنى السابق والتقنينات المدنية العربية الأخرى .

(1) أ – متي كان قد ثبت لمحكمة الموضوع ان المشترى كان يعلم وقت شرائه بالعيب اللاحق بسند البائع له وأنه أقدم على الشراء مجازفا وتحت مسئوليته فأنه لا يكون له الحق فى طلب التضمينات - ومنها مصاريف العقد .

(جلسة ١٩٩٩/٥/٣٠ الطعن ٩٠١ لسنة ٦٨ ق)

(مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض فى الـ ٢٥ عاما – ٨٨ – ٣٥٩)

ب – والمقرر فى احكام عقد البيع ، على ما يستفاد من نص المادة ٢٦٥ مدنى (قديم) أن البائع لا يضمن سوى الثمن متى كان المشترى عالما وقت الشراء بسبب الاستحقاق وأنه مع هذا العلم لا حاجة إلى شرط عدم الضمان ليمتنع على المشترى به الرجوع على البائع بأى تعويض فى حالة الاستحقاق .

(مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض الـ ٢٥ عاما – ٥ – ٨٨٤)

ويعرض هذا النص لحالة واحدة من أحوال ثلاث فى الاتفاق على تعديل أحكام ضمان التعرض، وهى حالة الاتفاق على إسقاط الضمان(١). ويوجد إلى جانب هذه الحالة حالتان أخريان: حالة الاتفاق على زيادة الضمان وحالة الاتفاق على إنقاص الضمان.

أما الاتفاق على زيادة الضمان فجائز . ذلك أن البائع يلتزم ، إذا لم يقع اتفاق على أى تعديل فى أحكام الضمان ، بضمان التعرض الصادر منه المشترى فى ملكيته للمبيع وفى انتفاعه به الانتفاع المألوف . فاذا أراد المشترى الانتفاع بالمبيع انتفاعاً خاصاً يقضى ألا يقوم البائع بأعمال معينة تتعارض مع هذا الانتفاع الخاص ، جاز أن يتفق مع البائع على ذلك. فاذا كان المبيع متجراً لسلعة معينة ، ويريد المشترى أن يضيف إلى هذه السلعة سلعة أخرى لم يكن البائع يتجر فيها ، جاز أن يتفق مع البائع على ألا ينشئ إلى جانبه متجراً تباع فيه السلعة الأصلية أو السلعة الأخرى ، ويكون المشترى هنا قد اتفق مع البائع على زيادة الضمان (٢).

وكذلك الاتفاق على أنقاص الضمان جائز . مثل ذلك أن يشترط بائع المتجر على المشترى عدم منعه من أنشاء متجر يبيع فيه بعض السلع التى يتعامل فيها المتجر المبيع، ففى هذا الاتفاق أنقاص من ضمان البائع للتعرض (٣).

ولكن الاتفاق على إسقاط الضمان الناشئ عن فعل البائع إسقاطاً تاماً غير جائز، ويكون الاتفاق فى هذه الحالة باطلا. ففى المثل المتقدم لا يجوز للبائع أن ينشئ متجراً ينافس به المتجر المبيع منافسة غير محدودة، ولو اشترط البائع عدم الضمان، كذلك إذا صدر من البائع تصرف قانونى بعد البيع يتعارض مع حق المشترى، كأن يبيع العقار مرة ثانية ويبادر المشترى الثانى إلى التسجيل قبل المشترى الأول، كان البائع ضامناً لتصرفه هذا حتى لو اشترط عدم الضمان(٤)(1). ولا يجوز أيضاً أن يحتج البائع بحق له مستحدث على المبيع، ولو كان فى عقد قد اشترط عدم الضمان. وقد روعى فى هذا كله أن البائع

(١) والمقصود بعبارة «عدم الضمان» الواردة فى الفقرة الأولى من المادة ٤٤٦ مدنى هو إسقاط الضمان لا إنقاصه (أنظر ما يلى فقرة ٣٥٧ فى الهامش وفقرة ٣٥٩ فى الهامش) .

(٢) أنظر فى أمثله أخرى لتشديد الضمان أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٥ ص ٦٣ وهامش رقم ٥ مكرر رابعاً – بلانيول وريبير وهامل ١٠ ص ٩٣ هامش رقم ١ .

(٣) أنظر فى أمثلة أخرى لإنقاص الضمان بودرى وسينيا فقرة ٤٠٧ ص ٤١٥ – ص ٤١٦ – بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٩٤ .

(٤) وقد قضت محكمة النقض بأن شرط عدم الضمان الوارد فى البند الحادى والعشرين من شروط قائمة مزاد استبدال الأموال الموقوفة ، ومؤداه أن المشترى يشترى ساقط الخيار، لا يسقط عن البائع (وزارة الأوقاف) ضمان عدم تسليم المبيع بالحالة التى كان عليها وقت رسو المزاد وتصرفه فيه بالهدم والبناء وبيع بعضه وقبض ثمنه، ما دام كل ذلك كان من فعله وبعد رسـو المزاد (نقض مدنى ١٧ =

لا يجوز له أن يشترط عدم مسئوليته عن فعله ، كما لا يستطيع أن يشترط عدم مسئوليته عن غشه أو عن تقصيره [(١)].

المطلب الثانى

التعرض الصادر من الغير

٣٣٧ – مسائل ثلاث : نبحث فى التعرض الصادر من الغير نفس المسائل الثلاث التى بحثناها فى التعرض الصادر من البائع : (١) متى يقوم هذا الضمان (٢) ما يترتب على قيام الضمان . (٣) الاتفاق على تعديل أحكام الضمان .

١ – متى يقوم ضمان التعرض الصادر من الغير

٣٣٨ – خطة البحث : ونتبع هنا أيضاً خطة البحث التى اتبعناها فى التعرض الصادر من البائع ، فنبحث : (أ) أعمال التعرض . (ب) المدين فى الالتزام بالتعرض . (جـ) الدائن فى هذا الالتزام . (د) البيع الذى ينشئ هذا الضمان .

٣٣٩ – (أ) أعمال التعرض الصادر من الغير : حتى يقوم ضمان التعرض الصادر من الغير ، يجب توافر شروط ثلاثة : (أولا) أن يقع التعرض فعلا . (ثانيا) أن يكون التعرض هو إدعاء الغير حقاً على المبيع . (ثالثا) أن يكون هذا الحق سابقاً على البيع، فاذا كان تاليا له وجب أن يكون الغير قد استمده من البائع .

٣٤٠– أولا – أن يقع التعرض فعلا: قدمنا أن المادة ٤٣٩ مدنى تقضى بأن «يضمن البائع عدم التعرض للمشترى فى الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه» سواء كان

=فبراير سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ٩٧ ص ٢٩١).

(١) شرط عدم الضمان الوارد فى البند الحادى والعشرين من شروط قائمة مزاد استبدال الاموال الموقوفة – ومؤداه ان المشترى يشترط ساقط الخيار ، لا يسقط عن البائع (وزارة الأوقاف) ضمان عدم تسليم المبيع بالحالة التى كانت عليها وقت رسو المزاد وتصرفه فيه بالهدم والبناء ومبيع بعضه وقبضه ثمنه ، ما دام كل ذلك كان من فعله وبعد رسو المزاد .

(جلسة ١٩٣٨/٢/١٧ مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض فى الـ ٢٥ عاما – ٨٦ – ٣٥٩)

(جلسة ١٩٦٤/٧/٧ مجموعة أحكام النقض السنة ١٤٥ ص ٩٢٠)

(١) بودرى وسينيا فقرة ٤٠٧ ص ٤١٤ – ص ٤١٥ – بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٩٤ .

التعرض من فعله هو أو من فعل أجنبى يكون له وقت البيع حق على المبيع يحتج به على المشترى». فيجب إذن أن يقع التعرض فعلا من الغير، والغير هنا هو أجنبى ليس طرفاً فى عقد البيع. فيدعى الغير حقا على المبيع، ويرفع بهذا الحق دعوى على المشترى، وهذا هو فى الأصل معنى وقوع التعرض فعلا[(١)]. وهذه الدعوى تختلف باختلاف الحق الذى

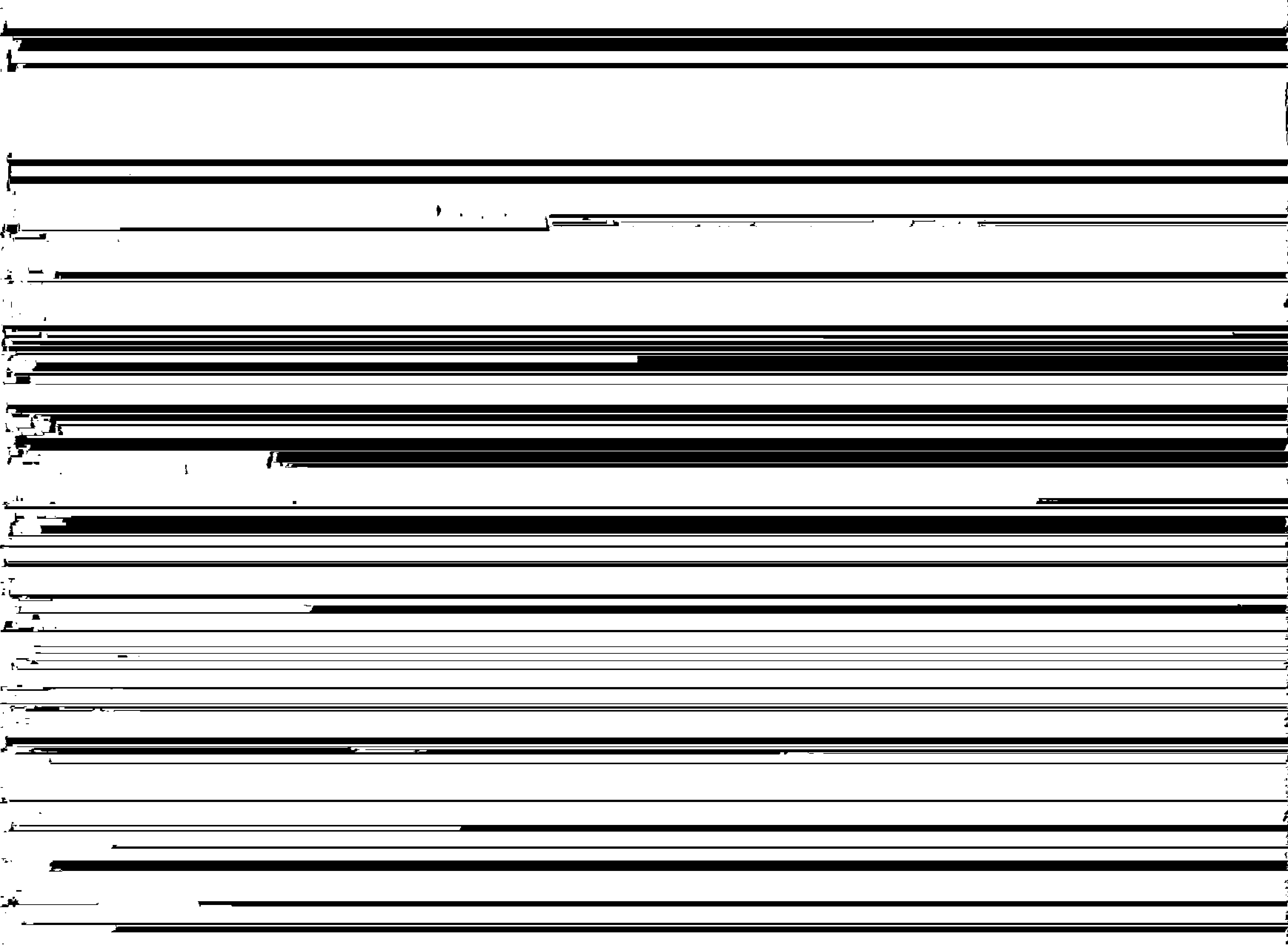
---

(١) نقض مدنى ٥ ديسمبر سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٧٩ ص ٢٨٠ – أما إذا لم يقع التعرض فعلا، بل خيف من وقوعه ، فإن هذا لا يكفى لتحقق الضمان . ولكن المشترى فى هذه الحالة، إذا كان لم يدفع الثمن ، يجوز له حبسه لمجرد الخشية من وقوع التعرض ، ومع ذلك يجوز للبائع أن يطالب باستيفاء الثمن على أن يقدم كفيلا (م ٢/٤٥٧ مدنى) . فاذا كان المشترى قد دفع الثمن وخشى من وقوع تعرض لما يقع ، فليس له أن يسترد الثمن ليحبسه ، وليس له رفع دعوى ضمان التعرض ما دام التعرض لم يقع ، ولكن يكون له الحق فى طلب فسخ البيع ، ويكون له الحق أيضاً إذا كان المبيع غير مملوك للبائع أن يطلب إبطال البيع (بلانيول وريبير وهامل ١٠ ص ٩٩ هامش ١) .

ويترتب على ما قدمناه أن مجرد وجود حق رهن على المبيع لا يتحقق به الضمان ، ما دام الدائن المرتهن لم يتخذ أى إجراء على العين المبيعة (نقض مدنى ٣٠ مارس سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ٤٠ ص ٧٦ – استئناف مختلط ٣١ مايو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٤٠٣) ، وقد لا يتخذ هذا الإجراء إذا استوفى من البائع حقه (بودرى وسينيا فقرة ٣٥١ مكررة أولا) . ولكن متى أنذر الدائن المرتهن المشترى بالدفع أو التخلية ، يكون التعرض قد وقع فعلا (استئناف مختلط ٩ مارس ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٩٥) . على أن مجرد ظهور حق رهن أو حق اختصاص أو حق ارتفاق على العين يجيز للمشترى طلب فسخ البيع، وإن لم يحصل التعرض فعلا (استئناف وطنى ٢٦ يناير سنة ١٩٠٩ الحقوق ٢٤ ص ٥١ – ٨ مارس سنة ١٩١٠ الحقوق ٢٥ ص ٨٩ – ٢٧ ديسمبر سنة ١٩١١ الحقوق ٢٨ ص ١٢٣ – ٢ ديسمبر سنة ١٩١٤ الشرائع ٢ رقم ١/١٢٠ ص ١١٦ – ٢٠ فبراير سنة ١٩١٧ الشرائع ٤ رقم ٩٨ ص ٣٤٣) .

كذلك إذا كان المبيع فى حيازة غير البائع ، فان هذا لا يكفى لتحقق الضمان ، وللمشترى أن يطلب من البائع تسليم المبيع ، كما يجوز له أن يرفع دعوى استرداد على الحائز فان لم يسلم بدعواه بل ادعى أن له حقاً على المبيع تحقق ضمان التعرض (بودرى وسينيا فقرة ٣٥١ مكررة ثانيا) . ومجرد الخشية من الاستحقاق لا يكفى (استئناف مختلط ٥ ديسمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٥٥ – ٢٥ نوفمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٣١) ، وكذلك لا يكفى عدم تسليم مستندات الملكية ما دام لم يتعرض أحد للمشترى (استئناف مختلط ١٣ يناير سنة ١٩٢٥ م ٢٧ ص ١٥٨) ، ولا مجرد عدم إثبات ملكية البائع للمبيع (استئناف مختلط ١١ يونيه سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٣٠٦) ، ولا عدم شطب الرهن إذا كان الدين قد دفع (استئناف مختلط ٣ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٨٧).

ولكن يكفى للرجوع بضمان التعرض أن يكون المشترى لم يستطع الانتفاع بالمبيع، حتى لو لم ترفع عليه دعوى الاستحقاق من المستحق (استئناف مختلط ٧ نوفمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٣٨) وإذا وقع التعرض للمشترى ونزعت حيازته ، فالمشترى هو الذى يرفع دعوى الاسترداد لا البائع، إذ لا صفة للبائع بعد البيع فى رفع هذه الدعوى (استئناف مصر ١٥ يونيه سنة ١٩٢٦ المحاماة ٧ رقم ١/١٥٥ ص ٢١٦) . وإذا رفعت دعوى ضمان الاستحقاق ، جاز للبائع دفعها بأن المالك قد أقر البيع، وهذا بخلاف دعوى الإبطال فى بيع ملك الغير (استئناف مختلط ١٤ ديسمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٥٥).



٣٤١ – ثانيا : أن يكون التعرض هو ادعاء الغير حقا على البيع : هنا يجب التمييز بين التعرض المبنى على سبب مادى والتعرض المبنى على سبب قانونى . وقد رأينا فى التعرض الصادر من البائع أنه يستوى أن يكون التعرض مبنياً على سبب قانونى أو مبنياً على سبب مادى ، أما فى التعرض الصادر من الغير فيجب أن يكون هذا التعرض مبنياً على سبب قانونى .

فالتعرض المبنى على سبب مادى الصادر من الغير لا يتحقق به ضمان البائع لهذا التعرض [١](1) . ويكون التعرض مبنياً على سبب مادى، كما رأينا، إذا لم يكن الغير يدعى فى تعرضه حقاً على المبيع، بل هو يلجأ فى تعرضه للمشترى إلى أعمال مادية محضة، بل وإلى تصرفات قانونية، ولكنه لا يدعى فى كل ذلك أن له حقاً على المبيع. فاذا انتزع الغير المبيع من المشترى عنوة، كان هذا عملا مادياً محضاً، ولا يكون البائع مسئولا عنه. ويجزى المشترى فى ذلك الحماية العامة التى يوليها إياه القانون، فهو يستطيع أن يواجه الغير بدعاوى منع التعرض واسترداد الحيازة ونحوها إذا توافرت شروطها، وهو يستطيع أن يرفع شكواه إلى الجهات الإدارية وغيرها لمنع الغير من اغتصاب ملكه، ويستطيع فى جميع الأحوال أن يرجع على الغير بالتعويض عن كل ما أصابه من ضرر بسبب هذا التعدى المادى، وليس للبائع شأن فى شئ من ذلك. وإذا كان المبيع منقولا وسرقه الغير من المشترى، كان الحكم هو ما قدمناه. وإذا كان المبيع متجراً وأقام الغير إلى جواره متجراً مماثلا ونافس المشترى منافسة غير مشروعة، فليس البائع مسئولا عن ذلك، وعلى المشترى أن يرجع على الغير بجميع الدعاوى التى يقررها القانون فى مثل هذه الحالة، وإذا كان المبيع داراً، وأجرها الغير دون أن يدعى أن له حقاً فى إيجارها، فهذا تصرف قانونى يعتبر فى حكم الأعمال المادية، ولا يكون للبائع شأن فيه، وعلى المشترى أن يطرد المستأجر من داره وأن يقاضى الغير الذى أجر له بالوسائل التى يخولها إياه القانون. فما دام الغير لا يدعى حقاً ما على المبيع يحتج به على المشترى، فالتعرض الصادر منه

---

(١) نقض مدنى ١٨ نوفمبر سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٧٢ ص ١٩٤ (ولو كان الضمان منصوصا عليه فى العقد) – استئناف مختلط ٢٦ ديسمبر سنة ١٨٩٥ م ٨ ص ٢١٠ – ٢٠ مارس سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١٨٣ – ٢٣ ديسمبر سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٥٩ .

(1) متى كان الحكم قد انتهى إلى أن المتعرض للمشترى وهو من الغير لم يكن على حق فى تعرضه وأن البائع قد باع ما يملك فإن مؤدى ذلك أن ينفك عن البائع التزامه بضمان التعرض القانونى عملا بالفقرة الأخيرة من المادة ٤٤١ من القانون المدنى ، ولا يعيب الحكم وصفه ذلك التعرض بأنه مادى ذلك أن وجه الرأى فى الحكم لا يتغير سواء أسبغ الحكم على التعرض المذكور صفه التعرض المادى أو القانونى لأن البائع فى النهاية لا يكون ملزما بضمان التعرض فى الحالين على أساس انفكاك الضمان من البائع إن كان تعرضاً قانونيا وعدم ترتيب هذا الضمان إن كان التعرض ماديا .

(جلسة ١٩٦٣/٥/٢ الطعن ٨٧ لسنة ٢٨ ق س ١٤ ص ٦٣١)

يعتبر تعرضاً مبنياً على سبب مادى، ولا يكون البائع ضامناً له مسئولا عنه [١].

وحتى يكون البائع ضامناً لتعرض الغير يجب أن يكون هذا التعرض مبنياً على سبب قانونى ، كما سبق القول ، وذلك بأن يدعى الغير حقاً على المبيع يحتج به على المشترى فى دعوى يرفعها عليه[٢](1) ، أو ترفع عليه من المشترى ، أو دون دعوى مع وقوع التعرض فعلا [٣]، على النحو الذى بسطناه فيما تقدم . ولا يلزم أن يكون الحق الذى يدعيه الغير ثابتاً، بل يكفى مجرد الادعاء به حتى لو كان هذا الادعاء ظاهر البطلان [٤].

وهذا الحق الذى يدعيه الغير على المبيع ويحتج به على المشترى يجوز أن يكون حقاً عينياً أو حقاً شخصياً . وكان التقنين المدنى السابق (م ٣٧٤/٣٠٠) يشترط أن يكون حقاً عينياً [٥]، فصحح التقنين المدنى الجديد هذا الخطأ وأطلق ولم

---

(١) استئناف مختلط ٢٦ يناير سنة ١٨٩٩م ١١ ص ١٤٦ – بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٩٦ – وإذا كان التعرض المادى الصادر من الغير قد وقع قبل تسليم المبيع ، وجب على البائع دفعه ، ولكن لا بموجب التزامه بالضمان ، بل بموجب التزامه بالتسليم (الأستاذ عبدالفتاح عبدالباقى فقرة ١٣٩ – الأستاذ منصور مصطفى منصور ص ١٥٩) .

(٢) أما إذا رفع الغير الدعوى على البائع ، ولم يدخل فيها المشترى ، فالحكم الصادر فى الدعوى لا يكون حجة على المشترى ، ومن ثم لا يكون هناك محل لرجوع المشترى على البائع بضمان التعرض أو الاستحقاق (نقض مدنى ٥ أبريل سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٩٨ ص ٥٩٢ . ٢٣ فبراير سنة ١٩٥٦ مجموعة حكام النقض ٧ رقم ٣٥ ص ٢٥١) .

(٣) ويشترط ألا يكون المشترى قد تسبب بخطأ فى هذا التعرض ، كأن كان قد تعهد بدفع الدين المضمون برهن على المبيع ولم يدفعه فنزع الدائن المرتهن ملكية المبيع (استئناف مصر ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ٣/٣٠٠ ص ٤٢٨ – المنيا ٢٢ يوليه سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ١/٢٩٥ ص ٥٧٢).

(٤) الأستاذ عبدالفتاح عبدالباقى فقرة ١٣٩ .

(٥) وقد قضت محكمة النقض فى عهد التقنين المدنى السابق بأن المادة ٣٠٠ مدنى صريحة فى أن ضمان البائع لا يشمل إلا الحقوق العينية ، وحق المستأجر على العين المؤجرة ليس إلا حقاً شخصياً ، فهو لا يدخل فى حكم هذه المادة (نقض مدنى ١٠ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة عمر ١ رقم ١٦ ص ٢٦). وأنظر أيضا : استئناف وطنى ١٥ فبراير سنة ١٩٢٣ المحاماة ٣ رقم ٢٠٥ ص ٢٧٤ (لا تدخل فى الإجارة فى عبارة التكالف) – استئناف مختلط ١٢ أبريل سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٣٣٠ .

(1) أ – حق ضمان التعرض قيامه من وقت منازعة الغير للمشترى منازعة فعلية مجرد خشية التعرض أو العلم بوجود حق للغير على المبيع ، لا يخول حق الرجوع على البائع . إلزام الطاعن بالتضمينات على مجرد صدور حكم – لم يكن المشترى طرفاً فيه – ببطلان سند ملكيته دون تحقيق ما تمسك به من عدم حصول معارضة من المحكوم له للمشترى فى حيازته للمبيع قصور . (جلسة ١٩٩٢/١/٢١ الطعن ٣٠٥٠ لسنة ٦٠ ق)

ب – التعرض القانونى الصادر من الغير قد يتحقق فى صورة رفع دعوى وعندئذ يتعين على المشترى اخطار البائع فى وقت ملائم عملا بالمادة ٤٤٠ من القانون المدنى ، أما إذا وقع التعرض من =

يشترط في الحق أن يكون عينيا[1] .

ومثل الحق العيني الذى يدعيه الغير على المبيع حق الملكية على المبيع كله أو على جزء منه شائع أو غير شائع، فيتقدم الغير إلى المشترى باعتباره المالك الحقيقي للمبيع كله أو بعضه ويطالب برد ما يدعيه، ويرفع عليه دعوى استحقاق كلي أو جزئي [2]. وقد يكون الحق العيني حق رهن يدعيه الغير على المبيع ، أو حق اختصاص[3]، أو حق امتياز، وقد يكون حق انتفاع ، أو حق حكر [4]، أو حق ارتفاق[5]. ولم يميز التقنين المدني المصرى بين حق الارتفاق وبين غيره من الحقوق العينية الأخرى التي تقدم ذكرها، كما ميز التقنين المدني الفرنسي حق الارتفاق بافراده بالذكر (م ١٦٢٦ مدنى فرنسي)

= الغير دون رفع دعوى وأقام المشترى دعواه مباشرة على البائع بالضمان فلا يكون هناك محلا للاخطار .

(جلسة ١٩٧٨/٤/٢٧ الطعن ٢١١ لسنة ٤٥ ق س ٢٩ ص ١١٤٥)

(جلسة ٢٠٠٠/٦/٢٨ الطعن ٢٩٠٥ لسنة ٦٨ ق)

(١) أنظر آنفاً فقرة ٣٢٩ في الهامش . والعبرة بتاريخ البيع ، فإذا كان قد تم قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ سرى التقنين السابق ، وإلا فالتقنين الجديد .

(٢) فإذا كان الغير يطالب بشئ ليس جزءاً من المبيع ، لم يتحقق الضمان حتى لو ظنه ا لمشترى خطأ جزءاً من المبيع ، كما إذا اشترى شخص أرضاً ورأى أشجاراً مغروسة في حدودها فظنها تابعة للأرض، وتبين بعد الشراء أنها لا تتبع الأرض بل هي للجار، فليس للمشترى أن يرجع على البائع بالضمان في هذه الحالة ما دام البائع لم يدخل الأشجار في المبيع (بودرى وسينيا فقرة ٣٥١ مكررة ثالثة) . ولكن سنرى أنه إذا وجد حق ارتفاق ظاهر للمبيع اطمأن المشترى إلى وجوده ، ضمنه البائع حتى لو لم يذكر في عقد البيع ، فلو تبين أنه غير موجود رجع المشترى على البائع بالضمان (انظر ما يلى فقرة ٣٥٨ في الهامش – بودرى وسينيا فقرة ٣٩٠) وقد قدمنا أن ضمان الاستحقاق غير ضمان العجز في مقدار المبيع.

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأن البائع يضمن المبيع من كل تعرض للمشترى يستند إلى حق ووجه قانوني ، ويشمل ذلك وجود دين شخصي على مورث البائع وحصول الدائن على حكم بدينه ثم على حق اختصاص على المبيع (نقض مدنى ٢٤ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٩ ص ٧١) .

(٤) استئناف مختلط ١٠ مارس سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٢٤٩ – ٢٣ يونية سنة ١٩١٠ م ١٢ ص ٣٨٣ – ٢٦ يناير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٣٩ – ٢٥ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٣٦٥ – ٣١ يناير سنة ١٩١٨م ٣٠ ص ١٨٧ – ٦ ديسمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٥٤ .

(٥) وقد يكون التعرض راجعا إلى أن البائع قد باع المبيع ومعه حقوق ارتفاق تقررت لفائدته ، ثم ظهر أنها غير موجودة ، فيرجع المشترى على البائع في هذه الحالة بضمان الاستحقاق الجزئي . ويجب لتحقق الضمان أن تكون حقوق الارتفاق هذه مذكورة في عقد البيع ، أو تكون ظاهرة بحيث يكون المشترى قد أطمأن إلى وجودها فتكون في حكم المذكورة ضمناً (أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٥ ص ٧٨ – بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٩٧ ص ١٠١ وهامش رقم ٤) .

لاعتبارات تاريخية ترجع إلى تقاليد القانون الروماني وقد سبق بيانها [1]. بل إن التقنين المدني المصرى جعل حق الارتفاق كسائر الحقوق العينية ، وشملها جميعاً بالعبارة التي وردت في المادة ٤٢٩ مدنى : «.. فعل أجنبي يكون له ... حق على المبيع» .

ومثل الحق الشخصي الذى يدعيه الغير حق المستأجر. فاذا كان الغير يدعى أنه استأجر من البائع العين المبيعة بايجار له تاريخ ثابت سابق على المبيع، واحتج بحقه على المشترى طبقاً للفقرة الأولى من المادة ٦٠٤ مدنى، كان هذا الادعاء من جانب الغير تعرضاً مبنياً على سبب قانوني يضمنه البائع. ويلتحق بذلك أن يدعى الغير، وهو مستأجر للعين المبيعة، أن دفع الأجرة مقدماً للبائع، ويحتج بمخالصة صادرة من البائع، مسجلة إذا كانت الأجرة المعجلة عن مدة تزيد على ثلاث سنوات، أو غير مسجلة إذا كانت المدة لا تزيد على ذلك، فيكون تمسك المستأجر بهذه المخالصة تعرضاً مبنياً على سبب قانوني يضمنه البائع .

٣٤٢ – ثالثا – أن يكون الحق الذى يدعيه الغير سابقا على البيع أو يكون تاليا له ولكنه مستمد من البائع : ويجب أخيراً لتحقيق ضمان البائع للتعرض الصادر من الغير أن يكون الحق الذى يدعيه الغير على المبيع [2] حقا يدعى أنه موجود قبل البيع الصادر إلى المشترى (1) .

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ٣٢٥ .

(٢) ويجب أن يكون الحق المدعي به منصباً أصلا على المبيع ، لا آتيا عرضاً عن طريق قاعدة عدم تجزئة الرهن . فاذا كان الدائن المرتهن لم ينزع ملكية القدر المبيع ، بل إنه عند تسوية دينه ظهر أن له بقية منه أراد أن يضعها على العين المبيعة بسبب قاعدة عدم تجزئة الرهن ، فرفع المشترى على البائعين دعوى يطلب قيمة هذه البقية التي هي زائدة على الثمن الذى سبق أن دفعه لهم وللبنك المرتهن، فان تكييف هذه الدعوى بأنها دعوى ضمان استحقاق أو نزع ملكية هو تكييف غير صحيح . والصحيح المعول عليه فقط هو عقد البيع وما قارنه من ظروف . وحكم هذا العقد أن المشترى خلف البائعين في ملكية الأطيان التي اشتراها منهم مرهونة مع الأطيان الأخرى ، وأن ضمان البائعين من ناحية مبلغ الرهن هو ألا يكون نصيب الأطيان المبيعة فيه وقت التعاقد أكثر مما ذكر في العقد . وأما باقي الدين الذى يصيب الأطيان الأخرى المرهونة مع الأطيان المبيعة فلا شأنه للبائعين بضمانه ، ولا تنطبق على بيعهم أحكام القانون المدنى الواردة في باب ضمان المبيع عند استحقاقه للغير أو عند نزع ملكيته كله أو بعضه . ويرجع المشترى في هذه الحالة ، وقد حل محل الدائن المرتهن فيما دفعه بسبب قاعدة عدم تجزئة الرهن، على أصحاب الأطيان الأخرى التي فك رهنها عن طريق هذا الدفع (نقض مدنى ٢٠ فبراير سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٢٨ ص١٠٥٤) . ويمكن القول هنا إن سبب عدم ضمان البائع يرجع إيضا إلى أن الحق الذى يدعيه الغير (الدائن المرتهن) لم يثبت إلا بعد البيع ، أى عند تسوية الدين وظهور بقية منه وضعها الدائن المرتهن على العين المبيعة . وسنرى أن البائع لا يضمن حقاً للغير يثبت على المبيع بعد البيع .

(1) أ – اذا كان الثابت في الدعوى حسبما حصله الحكم المطعون فيه ان بنك مصر اتخذ اجراءات التنفيذ على قطعة أرض مقام عليها منزل مملوك للمطعون عليه الأول اشتراه من المطعون عليه الثاني =

وهذا ما تصرح به المادة ٤٣٩ مدني، كما رأينا ، إذ تقول: «.. فعل أجنبي يكون له وقت البيع حق على المبيع ..» فاذا سلم الغير أن الحق الذى يدعى على المبيع لم يثبت له إلا بعد البيع ولم يستمده من البائع، لم يكن البائع مسئولا عن الضمان. ويرجع ذلك فى كثير من الأحوال إلى أن الحق الذى يدعى الغير ثبوته بعد البيع لا يحتج به على المشترى ويجب لتحقيق الضمان أن يكون الحق مما يحتج به على المشترى كما قدمنا . فاذا ادعى الغير أنه اشترى المبيع بعد البيع ، فاذا كان اشتراه من غير البائع ولم يكن هذا مالكاً، لم يتحقق الضمان ، ليس فحسب لأن الحق الذى يدعيه الغير لاحق للبيع ، بل أيضاً لأن الحق لا يحتج به على المشترى إذ هو مستمد من غير المالك . وإن كان اشتراه من غير البائع وكان هذا هو المالك الحقيقى للمبيع ، تحقق الضمان بالرغم من أن حق الغير ثبت بعد البيع، وذلك لأن المستحق فى هذه الحالة ليس هو الغير بالذات بل هو المالك الحقيقى الذى باع للغير، وهذا حقه ثابت قبل البيع . وإذا ادعى الغير أنه مستأجر للعين المبيعة ولكن الإيجار صدر بعد البيع ، لم يكن البائع ضامناً ، ليس فحسب لأن حق

= وآخر وذلك وفاء لدين مستحق للبنك على مدينه المالك الاصلى لهذه الأرض، وقام المطعون عليه الأول بدفع الدين للبنك توقيا لبيع منزله ثم رفع دعواه الحالية يطالب مورث الطاعنين وهو البائع للبائعين له بهذا المبلغ ، فان مفاد ذلك أن المطعون عليه الأول يرجع بما دفعه للبنك على مورث الطاعنين لا بوصفه مدينا شخصيا للبنك ، وانما بوضعه بائعاً للبائعين للمطعون عليه الأول، وان دفع الأخير دين البنك يعتبر بالنسبة لهذا البائع استحقاقا للمبيع فيجب عليه الضمان ويلتزم بأن يدفع للمطعون عليه الأول - المشترى - ما دفعه للبنك - لا يغير من هذا النظر أن مورث الطاعنين التزم فى الاقرار المؤرخ ... بدفع دين البنك أو اثمان العقارات المبيعة لأن ذلك من جانبه ليس إلا اقرارا بالتزامه بضمان الاستحقاق وتعديلا لأحكامه المنصوص عليها فى المادتين ٤٤٣ ، ٤٤٤ من القانون المدنى اذ يجوز للمتعاقدين طبقاً للمادة ٤٤٥ من هذا القانون أن يتفقا على تعديل هذه الأحكام .

(جلسة ١٩٧٦/١١/١٦ مجموعة حكام النقض السنة ٢٧ ص ١٥٨٣)

ب - يشترط لضمان البائع استحقاق المبيع أن يكون الحق الذى يدعيه الغير سابقا على البيع أو يكون تاليا له ولكنه مستمد من البائع .

(جلسة ١٩٨٥/٤/٢٨ الطعن ٢١٥٤ لسنة ٥٤ ق س ٣٦ ص ٦٨١)

(جلسة ١٩٨٥/٥/١٥ الطعن ٥٠٤ لسنة ٥١ ق)

(جلسة ١٩٨٥/١٢/١٩ الطعن ١٥٢ لسنة ٥٢ ق)

جـ - ضمان استحقاق المبيع شرطه . أن يكون الغير المتعرض للمشترى على حق فى تعرضه . أثره. للبائع دفع رجوع المشترى عليه بموجب الضمان باثبات أن المتعرض لم يكن على حق فى دعواه وأن المشترى قد تسرع فى الاقرار أو التصالح معه م ٤٤١ من القانون المدنى .

(جلسة ٢٠٠٠/٦/٢٨ الطعن ٢٩٠٥ لسنة ٦٨ ق)

المستأجر لاحق للبيع، بل أيضاً لأنه حق لا يستطيع المستأجر أن يحتج به على المشترى . ولكن قد يتحقق فى بعض الأحوال أن يكون الحق الذى يدعيه الغير لاحقاً للبيع ويستطيع مع ذلك الاحتجاج به على المشترى ، فلا يكون البائع عندئذ مسئولا عن الضمان . مثل ذلك أن يتمسك مستأجر العين المبيعة على المشترى بمد مدة الإيجار بموجب قانون استثنائى صدر بعد البيع، فهنا يتمسك المستأجر بحق لم يثبت له إلا بعد البيع ، فلا يكون البائع ضامناً. وهذا بخلاف ما إذا كان القانون الاستثنائى القاضى بمد مدة الإيجار قد صدر قبل البيع، إذ يكون حق المستأجر فى هذه الحالة قد ثبت قبل البيع ، فيجب الضمان على البائع [1]. ومثل ذلك أيضاً أن يبيع شخص عيناً مملوكة له ولكنها فى حيازة شخص آخر مدة بلغت اثنتى عشرة سنة مثلا، وتبقى العين بعد البيع فى حيازة هذا الشخص إلى أن يستكمل مدة التقادم خمس عشرة سنة [2]. فيمتلكها . ففي هذه الحالة قد ثبت حق الغير على العين، ولكن البائع لا يكون مسئولا عن الضمان ، لأن هذا الحق لم يثبت للغير إلا بعد البيع.[3] إما إذا كان الحائز قد استكمل مدة التقادم خمس عشرة سنة قبل البيع، ثم بيعت العين بعد ذلك ، كان البائع مسئولا عن الضمان ، لأن الحق الذى يتمسك به الغير قد ثبت له قبل البيع[4] . ويلحق بهذا الفرض ما إذا كان الحائزوقت البيع قد قارب استكمال مدة التقادم، بحيث لم يبق إلا وقت قصير لا يتمكن فيه المشترى من اتخاذ إجراءات تقطع التقادم . فاذا كان الحائز قد وضع يده على العين مدة خمس عشرة سنة إلا شهراً مثلا ، ثم بيعت العين ، فان المشترى لا يتيسر له فى الشهر الباقى لتمام مدة التقادم أن يكشف عن هذا الوضع وأن يتخذ الإجراءات اللازمة لقطع التقادم ، فيكون الحق الذى يتمسك به الغير فى هذه الحالة فى حكم الثابت قبل البيع ، ومن ثم يكون البائع مسئولا عن الضمان [5].

على أن ضمان البائع لتعرض الغير يتحقق حتى لو كان الحق الذى يدعيه الغير لاحقاً للبيع، إذا كان المشترى قد استمد هذا الحق من البائع نفسه. وفى هذا تقول العبارة الأخيرة من المادة ٣٤٩ مدنى: «ويكون البائع ملزماً بالضمان ولو كان الأجنبى قد ثبت حقه بعد البيع، إذا كان هذا الحق قد آل إليه من البائع نفسه». فاذا باع شخص عقاراً

(١) بودرى وسينيا فقرة ٣٥٢ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٠١ ص ١٠٦ وهامش رقم ٥ .

(٢) ويجوز أن يكون الحائز قد اشترى العين من غير المالك وهو حسن النية ، فيتملكها بمدة التقادم القصير وهى خمس سنوات (استئناف مختلط١٤ مارس ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٤٨).

(٣) أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٥ ص ٦٨ - بودرى وسينيا فقرة ٣٥٤ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٠١ ص ١٠٧ - بيدان ١١ فقرة ١٩٣ - عكس ذلك لوران ٢٤ فقرة ٢٢٢ .

(٤) نقض مدنى ٣١ مارس سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٠٢ ص ٧٤٤ .

(٥) أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٥ ص ٦٨ - بودرى وسينيا فقرة ٣٥٤ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٠١ ص ١٠٧ - عكس ذلك بيدان ١١ فقرة ١٩٣ .

مرتين، وسجل المشترى الثانى قبل أن يسجل المشترى الأول ، فان المشترى الثانى وقد ملك المبيع يكون حقه لاحقاً للبيع الأول ، ومع ذلك يكون البائع مسئولا عن الضمان نحو المشترى الأول بموجب البيع الأول ، لأن حق المشترى الثانى وإن كان لاحقاً للبيع الأول إلا أنه مستمد من البائع نفسه . وهذا هو الحكم أيضاً فيما إذا باع المالك المنقول مرتين وسلمه للمشترى الثانى وكان هذا حسن النية ، وذلك لنفس الاعتبارات المتقدمة[1]. وكذلك يكون الحكم فيما إذا رهن المالك العقار ثم باعه ، وقيد الدائن المرتهن رهنة قبل أن يسجل المشترى [2].

وفى الأحوال التى يتحقق فيها ضمان البائع للتعرض لأن حق الغير وإن كان لاحقاً للبيع إلا أنه مستمد من البائع نفسه ، يكون البائع مسئولا عن التعرض باعتباره صادراً من الغير وباعتباره صادراً منه هو فى وقت واحد . ويترتب على ذلك أنه لا يجوز الاتفاق فى هذه الحالة على إسقاط الضمان ، لا باعتبار أن التعرض صادر من الغير، بل باعتبار أن التعرض صادر من البائع .

ولا يشترط لضمان البائع للتعرض الصادر من الغير أن يكون المشترى وقت البيع غير عالم بالحق الذى يدعيه الغير، أو أن يكون البائع عالماً بهذا الحق. فحتى لو كان المشترى عالماً بالحق الذى يدعيه الغير، وحتى لو كان البائع لا يعلم به، فان البائع يكون مع ذلك مسئولا عن الضمان إلا إذا اشترط عدم مسئوليته باتفاق خاص وفقا للفقرة الأولى من المادة ٤٤٥ مدنى، وسيأتى بيان ذلك. على أن حق الارتفاق يكفى لعدم الضمان فيه أن يكون المشترى عالماً به، أو أن يكون ظاهراً بحيث يستطيع المشترى أن يعلم به. وهذا حكم خاص بحق الارتفاق، تأثر فيه التقنين المدنى المصرى بتقاليد التقنين المدنى الفرنسى التى

---

(١) ويلاحظ أن فى حالة بيع المنقول مرتين ، تنقل ملكية المنقول المبيع إلى المشترى الحائز لا من البائع، بل من المشترى غير الحائز ، ومن ثم لا تنطبق حرفية النص وهو يقول : «إذا كان الحق قد آل إليه من البائع نفسه» . ولكن المقصود من النص هو أن يكون الحق قد آل إلى الغير نتيجة لفعل البائع (الأستاذ منصور مصطفى منصور ص ١٦١ هامش رقم ١) .

ويجب الضمان إذا نزعت ملكية المبيع للمصلحة العامة فى الفترة ما بين العقد الابتدائى والوقت المحدد لإمضاء العقد النهائى ، فإن المبيع تكون ملكيته قد نزعت على البائع فأتى سبب الاستحقاق من جهته (استئناف مختلط ٣ ديسمبر سنة ١٩٣٥ م ٤٨ ص ٤٥).

ومن الفقهاء من يجعل البائع مسئولا عن الضمان حتى لو كان سبب الاستحقاق أمراً من السلطة العامة صدر بعد البيع ، إذا ثبت أن هذا الأمر لم يصدر إلا بناء على شكوى البائع ، كما لو تظلم البائع من نظام الرى المقرر فى منطقة الأرض المبيعة ، وترتب على تظلمه تغيير هذا النظام تغييراً أضر بالأرض المبيعة (الأستاذان أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ٣٥٧ هامش ٣ – الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٣٠ ص ٢٨٠) ،

(٢) بودرى وسينيا فقرة ٣٥١ مكررة .

ترجع إلى عهد القانون الرومانى وقد سبق أن بيناها . ولكن التقنين المصرى جعل عدم ضمان حق الارتفاق إذا كان ظاهراً أو كان المشترى يعلم به راجعاً إلى اتفاق ضمنى على عدم الضمان، إذ تقول الفقرة الثانية من المادة ٤٤٥ مدنى فى هذا الصدد : «ويفترض فى حق الارتفاق أن البائع قد اشترط عدم الضمان إذا كان هذا الحق ظاهراً أو كان البائع قد أبان عنه للمشترى». أما التقنين الفرنسى فيجعل عدم علم المشترى بحق الارتفاق [1] وعدم ظهور هذا الحق شرطين يجب توافرهما حتى يكون البائع مسئولا عن الضمان .

٣٤٣ – (ب) المدين فى الالتزام بضمان التعرض الصادر من الغير – عدم قابلية الالتزام وقابليته للانقسام – المدين فى الالتزام بضمان التعرض الصادر من الغير هو البائع أيضاً ، فهو ضامن للتعرض الصادر منه وضامن فى الوقت ذاته للتعرض الصادر من الغير[2]. ولا ينتقل التزامه بضمان تعرض الغير إلى الخلف العام، كما لا ينتقل التزامه بضمان تعرضه هو، لنفس السبب وهو أن الالتزام فى القانون المصرى لا ينتقل من المورث إلى الوارث بل يبقى ديناً فى التركة. فاذا باع شخص عينا مملوكة للغير ثم مات ، فان المالك الحقيقى إما أن يسترد العين من المشترى ويرجع المشترى بالتعويض على التركة لا على الوارث ، وإما أنه لا يستطيع استرداد العين كأن كانت منقولا ملكه المشترى بالحيازة مع حسن النية ، وفى هذه الحالة يرجع بالتعويض على التركة أيضاً لا على الوارث [3]،

---

(١) وكذلك بالتكاليف الأخرى غير حق الارتفاق ، كحق الانتفاع حق المستأجر . فيجب فى القانون الفرنسى أن يكون المشترى وقت البيع لا يعلم بهذه التكاليف ، فإن كان عالما بها لم يكن البائع مسئولا عن الضمان . أما فى التقنين المصرى فالذى ذكر فى الفقرة الثانية من المادة ٤٤٥ مدنى هو حق الارتفاق ، ولم يذكر غيره كحق الانتفاع وحق المستأجر . ويترتب على ذلك أن الضمان يتحقق فى هذين الحقين الأخيرين ولو كان المشترى يعلم بهما وقت البيع، ما لم يشترط البائع عدم الضمان. وحق الرهن لا يعتبر تكليفاً فى القانون الفرنسى ، ومن ثم يكون الحكم واحدا بالنسبة إليه فى القانون المصرى والفرنسى ، ويكون البائع مسئولا عن الضمان فى كل من القانونين حتى لو كان المشترى يعلم وقت البيع بهذا الحق ، ما لم يشترط البائع عدم الضمان (أنظر فى هذه المسألة فى القانون الفرنسى بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٩٨ فقرة – ٩٩ وفقرة ١٠٢).

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه ليس للمشترى فى حالة استحقاق المبيع للغير إلا حق الرجوع على البائع بالضمان . فاذا كانت الأطيان ملكاً لوقف ، وباعها الناظر على أساس أنه تبادل فيها مع الوقف، ثم باعها المشترى إلى آخر ، ثم طالب الناظر الجديد المشترى الثانى بتثبيت ملكية الوقف لها ، فلا يحق لهذا المشترى ، آذا ما حكم بالزامه برد أطيان الوقف ، أن يطلب تسليمه أطيان الناظر السابق الخاصة التى وضع الوقف يده عليها بطريق البدل ، لأنه لم يكن متبادلا مع الوقف وإنما هو مشتر من شخص آخر بعيد عنه (نقض مدنى ٣ مايو سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٥٠ ص ٦٦٨) .

(٣) وقد قضت محكمة استئناف أسيوط بأن واجب الضمان فى عقود البيع ينتقل إلى التركة فى الشريعة الإسلامية بعد وفاة البائع ، ولا يلتزم الورثة إلا بقدر ما استفادوا من التركة . ولا يلتزمون به فى أموالهم الخاصة ، حتى لو شملت العين موضوع الضمان إذا خرجت من ملك المورث إلى أحد الورثة قبل وفاته (استئناف أسيوط ٩ مارس سنة ١٩٤٦ المجموعة الرسمية ٤٧ رقم ٢٢٥) .

وغني عن البيان أن الوارث لا يأخذ من التركة شيئاً قبل استنزال ديونها ، ومنها هذا الدين بالتعويض الذى تلتزم به التركة إما للمشترى وإما للمالك الحقيقي . كذلك لا ينتقل التزام البائع بضمان التعرض الصادر من الغير ، كما لا ينتقل التزامه بضمان التعرض الصادر منه ، إلى الخلف الخاص . فلو أن شخصاً باع عيناً لمشتر أول وانتقلت إليه الملكية، ثم باع نفس العين لمشتر ثان ، فان البائع يكون مسئولا عن الضمان نحو المشترى الثانى، ولا يكون المشترى الأول وهو الخلف الخاص للبائع على هذه العين مسئولا عن الضمان.

ولا يتعدى التزام البائع بضمان تعرض الغير إلى دائنه ، كما لا يتعدى إلى الدائن التزامه بضمان تعرض نفسه . فلو باع شخص عقاراً مملوكا له ، ولم يسجل المشترى البيع، كان دائن البائع قد أخذ حق اختصاص على العقار قبل البيع ثم أخذ فى نزع ملكيته، فان التعرض المشترى هنا يعتبر صادراً من الغير من وجه كما سبق القول ، ولا يستطيع المشترى فى هذه الحالة أن يحتج على الدائن بالتزام البائع بضمان تعرض الغير ، لأن هذا الالتزام لا يتعدى إلى الدائن[1] .

ولكن كفيل البائع يكون ملزماً مع البائع بضمان التعرض الصادر من الغير ، فاذا باع شخص عيناً وكفله فى البيع شخص آخر ، ثم ظهر أن العين المبيعة مملوكة للكفيل لا للبائع، فان الكفيل لا يستطيع أن يسترد العين . ذلك أن استرداد الكفيل للعين هو بالنسبة إلى المشترى تعرض صادر من الغير ، والبائع يضمن هذا التعرض وكذلك يضمنه كفيله، فالكفيل إذن ضامن لهذا التعرض ومن وجب عليه الضمان لا يجوز له الاسترداد .

والتزام البائع ضمان التعرض الصادر من الغير، كما سنرى، إما أن يطالب المشترى بتنفيذه عيناً فيدعو البائع إلى جعل الغير يكف عن تعرضه، وإما أن يطالب بتنفيذه عن طريق التعويض برجوعه على البائع بضمان الاستحقاق إذا تعذر التنفيذ العيني. وهذا الالتزام فى صورته الأولى، صورة المطالبة بالتنفيذ عيناً، يكون غير قابل للانقسام.فلو باع شخصان داراً على الشيوع، وتعرض للمشترى أجنبى يدعى حقاً على الدار،كان للمشترى أن يطلب من أى من البائعين تنفيذ الالتزام بضمان التعرض كاملا تنفيذاً عينياً، بأن يطلب منه أن يجعل الأجنبى يكف عن تعرضه فى الدار كلها لا فى نصيب هذا البائع فحسب[1] .

---

(1) أنه إذا كان المقرر قانونا أن البائع يضمن عدم التعرض للمشترى وخلفه عاما أو خاصاً فى العقار المبيع، وكان المشترى الذى لم يسجل عقد البيع الصادر له لا يعتبر خلفا خاصا للبائع ولا يعدو أن يكون دائناً شخصياً لهذا البائع ، فمن ثم لا يستطيع أن يواجه البائع لبائعه بضمان التعرض، إلا استعمالا لحق مدينه بطريق الدعوى غير المباشرة .

(جلسة ١٩٨٠/٤/٣ مجموعة أحكام النقض السنة ٣٧١ ص ١٠٢٧)

(١) ويرفع الأجنبى عادة دعوى استحقاق الدار على المشترى، فيدخل المشترى أحد البائعين ضامناً فى الدعوى، وعلى هذا أن يثبت أن ادعاء الأجنبى لا أساس له فى كل الدار لا فى نصيبه فقط. ولهذا البائع أن يدخل البائع الآخر ضامناً معه فى الدعوى ليعاونه فى هذا الإثبات، وليتحمل معه مصروفات =

ولكن الالتزام فى صورته الأخرى ، صورة المطالبة بالتعويض ، يكون قابلا للانقسام، لأن محل الالتزام وهو دفع مبلغ من النقود يقبل الانقسام بطبيعته[١] . ففى المثل المتقدم ، لو نجح الأجنبى فى تعرضه واسترد الدار من تحت يد المشترى، رجع المشترى بضمان الاستحقاق على كل من البائعين بقدر نصيبه فى الدار ، ومن ثم ينقسم التعويض بينهما[٢] .

٣٤٤ – (جـ) الدائن فى الالتزام لضمان التعرض الصادر من الغير : الدائن هنا هو أيضا المشترى ، كالدائن فى الالتزام بضمان التعرض الصادر من البائع ، فهو الذى يقع عليه التعرض فى الحالتين . وينتقل هذا الحق إلى الخلف العام ، فلو أن شخصاً اشترى داراً وتركها لوارث ، وتعرض أجنبى للوارث فى الدار ، كان للوارث أن يرجع على البائع كما كان مورثه يستطيع أن يرجع .

وينتقل هذا الحق أيضاً إلى الخلف الخاص فى العين المبيعة ، فلو أن شخصاً باع داراً، وباع المشترى الدار لمشتر ثان ، فان البائع يكون ملزماً بضمان التعرض الصادر من الغير لا نحو المشترى الأول فحسب ، بل أيضاً نحو المشترى الثانى وهو الخلف الخاص للمشترى الأول فى الدار المبيعة . فاذا استرد الغير الدار من يد المشترى الثانى بعد أن أثبت ملكيته لها، فان المشترى الثانى يستطيع أن يرجع بضمان الاستحقاق على المشترى الأول وهو البائع له، بموجب عقد البيع الصادر له من هذا المشترى الأول[٣] . ويستطيع كذلك أن يرجع

= الدعوى عند الاقتضاء ، والمصروفات قابلة للانقسام فتقسم عليهما بنسبة نصيب كل منهما، وليحكم عليه معه بالتعويض إذا ثبت استحقاق الأجنبى للدار والتعويض أيضاً قابل للانقسام كما سنرى فيحكم عليهما كل بنسبة نصيبه فى الدار (لورن ٢٤ فقرة ٢١٣ – جيوار ١ فقرة ٣٤٠ – أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٥ هامش ٧ وهامش ١٠ – بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١١٠ – كولان وكابيتان ٢ فقرة ٩٠٣).

(١) استئناف مختلط ٢٥ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٢٢٠ – وينقسم التعويض على البائعين المتعددين ما لم يوجد شرط بتضامنهم (استئناف مختلط ١٠ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٢٠).

(٢) لوران ٢٤ فقرة ٢١٣ – جيوار ١ فقرة ٣٤٠ – بودرى وسينيا فقرة ٣٦٧ – فقرة ٣٦٨ – بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٢٠ (وقارن ص ١٢٩ هامش رقم ٤) كولان وكابيتان ٢ فقرة ٩٠٣.

ولكن لو مات البائع المتلزم بضمان الاستحقاق وترك ورثة متعددين ، فإن التركة تكون مسئولة عن ضمان الاستحقاق ، ولا ينقسم على الورثة (الأستاذ محمد حلمى عيسى فقرة ١٤٢٤ – الأستاذان أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ٣٤٧ – وقارن الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٢٧).

(٣) وإذا رجع المشترى الثانى على المشترى الأول أن يرجع على البائع بما أداه هو للمشترى الثانى، وقد يزيد على الضمان الذى كان يرجع به على البائع لو أن العين استحقت فى يده ولم يبعها لمشتر ثان. فلو أن البائع باع العين للمشترى الأول بألف ، وباعها المشترى الأول للمشترى الثانى بألف ومائتين، ثم استحقت العين فى يد المشترى الثانى فرجع على المشترى الأول بألف وخمسمائة قيمة المبيع والتعويضات الأخرى ، فإن المشترى الأول يرجع على البائع ، لا بالألف التى دفعها له ثمناً ، ولا بالألف والمائتين وهو الثمن الذى تقاضاه من المشترى الثانى، بل يرجع بألف وخمسمائة وهو المبلغ الذى أداه للمشترى الثانى نتيجة لضمان الاستحقاق (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٢٠ ص ١٣٠).

بضمان الاستحقاق على البائع عن طريق الدعوى غير المباشرة [(١)] باستعمال دعوى المشترى الأول على البائع ، ولكنه فى هذه الدعوى غير المباشرة يتحمل مزاحمة دائنى المشترى الأول[(٢)]. ويستطيع أخيراً أن يرجع بضمان الاستحقاق على البائع بدعوى مباشرة ، وهى نفس دعوى المشترى الأول على البائع وقد انتقلت إليه من المشترى الأول كما قدمنا [(٣)]. وهذه الدعوى المباشرة لها مزيتان : (١) لا يتحمل فيها المشترى الثانى مزاحمة دائنى المشترى الأول، وهو يتحمل هذه المزاحمة فى الدعوى غير المباشرة كما قدمنا . (٢) قد لا يكون للمشترى الثانى دعوى رجوع بضمان الاستحقاق على المشترى الأول ، كأن يكون المشترى الأول قد اشترط عدم الضمان [(٤)]، فلا يستطيع المشترى الثانى فى هذه الحالة أن يرجع بدعوى ضمان على المشترى الأول بسبب شرط عدم الضمان ، بل هو لا يستطيع أن يرجع بالدعوى غير المباشرة على البائع باعتباره دائناً للمشترى الأول يستعمل دعوى مدينه لأنه غير دائن بالضمان للمشترى الأول

(١) استئناف مختلط ٩ فبراير سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٥٤ .

(٢) ويطالب بما يستحقه المشترى الأول فى ذمة البائع ، لا بما يستحقه هو فى ذمة المشترى الأول، لأنه يستعمل دعوى المشترى الأول لا دعواه هو . وتتعادل الدعويان فى أحد العناصر الرئيسية ، ففى كل منهما يكون الرجوع بقيمة المبيع وقت الاستحقاق مع تعويضات أخرى سيأتى بينها ، وقيمة المبيع وقت الاستحقاق واحدة فى كل من الدعويين .

(٣) استئناف وطنى ٥ مارس سنة ١٩١٨ الشرائع ٥ رقم ٧٧ ص ٢٥٧ – استئناف مصر ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ١/٥١ ص ١١١ – ٣٠ أبريل سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ١٨٧ ص ١٤٦ – ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٣ رقم ١١٤ ص ٢١٨ – استئناف مختلط ٢٣ فبراير سنة ١٨٩٩م ١١ ص ١٣٤ – ٣١ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٨٧ – ٩ مارس ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١٣٦ .

وفى القانون الفرنسى يرجع المشترى على البائع فى ضمان الاستحقاق بالثمن الذى دفعه ، لا بقيمة المبيع وقت الاستحقاق كما هو الأمر فى القانون المصرى . فإذا فرضنا ، فى القانون الفرنسى ، أن الثمن الذى دفعه المشترى الثانى ١٠٠٠ والثمن الذى دفعه المشترى الأول ١٢٠٠ ، واستحقت العين فى يد المشترى الثانى ، فإن المشترى الثانى كان يرجع على المشترى الأول بمبلغ ١٠٠٠ ، ومن ثم يكون المشترى الأول يرجع على البائع بهذه الألف فقط ، ففى الدعوى المباشرة إذن يرجع المشترى الثانى على البائع بمبلغ ١٠٠٠ فقط . ولو كان الثمن الذى دفعه المشترى الثانى ١٢٠٠ ، والثمن الذى دفعه المشترى الأول ١٠٠٠ ، فان المشترى الثانى كان يرجع على المشترى الأول بمبلغ ١٢٠٠ ، ويرجع بهذا المبلغ المشترى الأول على البائع على سبيل التعويض ، فيرجع المشترى الثانى مباشرة على البائع بمبلغ ١٢٠٠ . ويخلص من ذلك أن المشترى الثانى يرجع على البائع دائما بالثمن الذى دفعه هو للمشترى الأول (بودرى وسينيا فقرة ٣٧١) .

(٤) أو يكون هناك واهب بدلا من المشترى الأول ، فيبيع شخص عيناً لآخر ويهبها الآخر لثالث. والواهب لا يضمن فى الأصل استحقاق العين الموهوبة ، فاذا استحقت العين فى يد الموهوب له لم يكن لهذا أن يرجع بضمان الاستحقاق على الواهب، ولكنه يستطيع أن يرجع بهذا الضمان على البائع للواهب، وذلك لأن دعوى المشترى بضمان الاستحقاق على البائع تكون قد انتقلت إلى الموهوب له بعقد الهبة (أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٥ ص ٧٠ – بودرى وسينيا فقرة ٣٥٩ ص ٣٦٤– بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٥٤٢ – جوسران ٢ فقرة ١١٠٧).

كما قدمنا ، فلا يبقى أمامه إلا الدعوى المباشرة يرفعها على البائع [(١)] ، وهى نفس دعوى الضمان التى للمشترى الأول على البائع انتقلت من المشترى الأول إلى المشترى الثانى بالرغم من أن المشترى الأول قد اشترط على المشترى الثانى عدم الضمان فى عقد البيع الذى تم بينهما .

ويستفيد دائن المشترى من ضمان البائع للتعرض الصادر من الغير على الوجه الآتى : إذا باع شخص عيناً غير مملوكة له ، ثم استحقت العين فى يد المشترى ، فان دائن المشترى يستطيع أن يرفع باسم المشترى دعوى هذا الأخير على البائع بالضمان ، ويستوفى حقه من التعويض الذى يلزم به البائع للمشترى ، ولكن يزاحمه فى هذه الحالة سائر دائنى المشترى وفقاً للقواعد المقررة فى الدعوى غير المباشرة .

٣٤٥ – (د) البيع الذى ينشئ الضمان : وكل بيع ينشئ ضمان البائع للتعرض الصادر من الغير ، كما أن كل بيع ينشئ ضمان البائع للتعرض الصادر منه هو فيما قدمناه. ويستوى فى ذلك البيع المسجل والبيع غير المسجل [(٢)]، ويستوى فى ذلك أيضاً بيع المساومة وبيع المزاد ولو كان بيعاً قضائياً أو إدارياً . وقد قدمنا بيان ذلك عند الكلام فى التعرض الصادر من البائع[(٣)] ، وما قلناه هناك ينطبق هنا [(٤)].

ويبين من ذلك أن ضمان البائع لتعرض الغير واجب فى بيع المزاد ، ولو كان البيع قضائياً أو إدارياً [(٥)] ، وذلك بخلاف ضمان العيوب الخفية (م ٤٥٤ مدنى) . فاذا باع الدائنون مال مدينهم فى المزاد ، نشأ عن هذا البيع التزام بضمان التعرض الصادر من الغير، وهذا الالتزام يتعلق بذمة البائع الذى بيع المال عليه، لا بذمة الدائنين الذين طلبوا بيع المال [(٦)]. فلو فرض أن الدائنين باعوا عيناً غير مملوكة لمدينهم باعتبار أنها مملوكة له ، ونزع المالك الحقيقى العين من المشترى الذى رسا عليه المزاد ، فان المشترى يرجع بضمان الاستحقاق على المدين لا على الدائنين [(٧)]. ولكن يغلب أن يكون المدين معسراً فى مثل هذه الظروف ، فيستطيع المشترى أن يرجع على الدائنين الذين استوفوا حقوقهم من الثمن

(١) استئناف مختلط ٢٦ مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٧١ – ٩ يونيه سنة ١٩١٣ م ٣٥ ص ٤٣٤.

(٢) الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٣٢ – الأستاذ محمد على إمام فقرة ٢٠٢ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٣٣٤ .

(٤) ويلتزم البائع نحو الشفيع بضمان التعرض والاستحقاق كما كان يلتزم بذلك نحو المشترى قبل الأخذ بالشفعة ، وكذلك يجوز أن يرجع بضمان التعرض والاستحقاق مسترد الحصة الشائعة فى منقول إذا باعها أحد الشركاء لأجنبى تطبيقاً لأحكام المادة ٨٣٣ مدنى (أنظر آنفاً فقرة ٣٣٤ فى الهامش) .

(٥) أو كان البيع بيع تصفية (licitation) لإنهاء الشيوع ، فيلزم بضمان التعرض والاستحقاق الملاك فى الشيوع الذين باعوا العين الشائعة فى المزاد (بودرى وسينيا فقرة ٣٥٥ مكررة ثانيا).

(٦) استئناف مختلط ١٦ مايو سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٣٤ – ١٦ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٢٤ .

(٧) بودرى وسينيا فقرة ٣٥٥ .

الذى دفعه فى المزاد فى حالتين : (أولا) إذا أثبت أن الدائنين كانوا يعلمون أن العين التى باعوها فى المزاد غير مملوكة لمدينهم [1] أو كان ينبغى أن يعملوا ذلك ، جاز له أن يرجع عليهم بالمسئولية التقصيرية الناشئة عن غشهم أو عن تقصيرهم [2] . (ثانيا) وإذا لم يستطع المشترى أن يثبت ذلك ، فأنه يستطيع على كل حال أن يعتبر البيع الصادر له فى المزاد بيعاً لمالك الغير ، فيطلب إبطاله واسترداد الثمن ، ومن ثم يجوز له الرجوع على الدائنين الذين استفادوا بهذا الثمن فى استيفاء حقهم بدعوى الإثراء بلا سبب [3] .

٢ – ما يترتب على قيام ضمان التعرض الصادر من الغير

٣٤٦ – التنفيذ العينى والتنفيذ بطريق التعويض : متى قام ضمان البائع للتعرض الصادر من الغير بتوافر الشروط التى تقدم ذكرها ، فان البائع ، قد تحقق التزامه بضمان التعرض، يجب عليه أن ينفذ هذا الالتزام تنفيذاً عينياً بأن يجعل الغير الذى تعرض للمشترى مدعياً بحق على المبيع يكف عن تعرضه ويتنزل عن ادعائه بهذا الحق . فاذا عجز عن التنفيذ العينى ، بأن فاز الغير باثبات ما يدعيه وقضى له بالحق المدعى به ، فقد وجب على البائع أن ينفذ التزامه بالضمان عن طريق التعويض ، فيعوض المشترى مما أصابه من الضرر باستحقاق المبيع فى يده طبقا للقواعد التى قررها القانون ، وهذا هو ضمان الاستحقاق [4] .

فنتكلم إذاً فى مسألتين : (أ) التنفيذ العينى أو ضمان التعرض بطريق التدخل . (ب) التنفيذ بطريق التعويض أو ضمان الاستحقاق .

---

(١) لا سيما إذا كان المدين قد نبههم إلى ذلك .

(٢) أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٥ ص ٦٩ – بودرى وسينيا فقرة ٣٥٦ – بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٠٣ ص ١١١ .

(٣) الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٣٣ – فقرة ٢٣٤ – الأستاذ محمد على إمام فقرة ٢٠٢ – الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ١٦٨ – الأستاذ عبدالفتاح عبدالباقى فقرة ١٤٣ – الأستاذ جميل الشرقاوى ص ٢٣٩ – ص ٢٤٠ – الأستاذ عبدالمنعم البدراوى فقرة ٢٠٦ – الأستاذ منصور مصطفى منصور ص ١٦٣ – الأستاذان أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ٣٦٣ – ٣٦٥ – وقارن بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٠٣ ص ١١١ – وأنظر فى جواز الرجوع بدعوى استرداد غير المستحق أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٥ ص ٧٠ – بودرى وسينيا فقرة ٣٥٧ ص ٣٥٩ – ص ٣٦٠ – بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٥٤١ – جوسران ٢ فقرة ١١١٥ – ديميل كولان وكابيتان ٢ إلى جعل الدائنين هم المسئولون مباشرة عن الضمان وإن كان يقرر أن الفقه على غير ذلك (كولان وكابيتان ٢ فقرة ٨٩٨) .

(٤) فليس البائع ملتزماً بالتزامين ، التزام بضمان التعرض وآخر بضمان الاستحقاق ، بل هو التزام واحد هو ضمان التعرض، فإما أن ينفذه عيناً أو ينفذه بطريق التعويض (الأستاذ منصور مصطفى منصور ص ١٦٨ هامش رقم ١) .

أ – التنفيذ العينى
(ضمان التعرض بطريق التدخل)

٣٤٧ – النصوص القانونية : تنص المادة ٤٤٠ من التقنين المدنى على ما يأتى :

«١ – إذا رفعت على المشترى دعوى باستحقاق المبيع وأخطر بها البائع، كان على البائع، بحسب الأحوال ووفقا لقانون المرافعات ، أن يتدخل فى الدعوى إلى جانب المشترى أو أن يحل فيها محله» .

«٢ – فاذا تم الإخطار فى الوقت الملائم ولم يتدخل البائع فى الدعوى ، وجب عليه الضمان ، إلا إذا أثبت أن الحكم الصادر فى الدعوى كان نتيجة لتدليس من المشترى أو لخطأ جسيم منه» .

«٣ – وإذا لم يخطر المشترى البائع بالدعوى فى الوقت الملائم وصدر عليه حكم حاز قوة الأمر المقضى ، فقد حقه فى الرجوع بالضمان إذا أثبت البائع أن تدخله فى الدعوى كان يؤدى إلى رفض دعوى الاستحقاق» .

وتنص المادة ٤٤١ على ما يأتى :

«يثبت حق المشترى فى الضمان ولو اعترف وهو حسن النية للأجنبى بحقه أو تصالح معه على هذا الحق ، دون أن ينتظر فى ذلك صدور حكم قضائى ، متى كان قد أخطر البائع بالدعوى فى الوقت الملائم ودعاه أن يحل محله فيها فلم يفعل . كل ذلك ما لم يثبت البائع أن الأجنبى لم يكن على حق فى دعواه» [1] .

---

(١) **تاريخ النصوص :**

م **٤٤٠** : وردت الفقرتان الأولى والثانية من هذا النص فى المادة ٥٨٥ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق ما استقر عليه فى التقنين الجديد، فيما عدا خلافات لفظية . ووردت الفقرة الثالثة فى المادة ٥٨٦ من المشروع التمهيدى على وجه مماثل أيضاً ، فيما عدا أن المشروع التمهيدى كان يجعل عبء الإثبات فى العبارة الأخيرة من النص على المشترى لا على البائع . وفى لجنة المراجعة أدمجت المادتان فى مادة واحدة ، وأصبح رقمها ٤٥٣ فى المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب ، وفى لجنة مجلس الشيوخ عدلت الفقرة الثالثة ، واستعيض فيها عن عبارة «إلا إذا أثبت البائع ما كان ليستطيع دفع دعوى الاستحقاق ولو تدخل فى هذه الدعوى» بعبارة «إذا أثبت البائع أن تدخله فى الدعوى كان يؤدى إلى رفض دعوى الاستحقاق» . وقد رأت اللجنة أن تنتقل عبء الإثبات إلى البائع ، لأنه أصبح ، بعد صدور الحكم ، مدعياً ببراءة ذمته من الالتزام بالضمان . وأصبح رقم المادة ٤٤٠ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٨٤ و ص ٨٦ – ص ٨٨) .

م **٤٤١** : ورد هذا النص فى المادة ٥٨٧ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : «يثبت حق المشترى فى الضمان حتى لو اعترف وهو حسن النية للأجنبى بحقه أو تصالح معه على هذا الحق دون أن ينتظر فى ذلك صدور حكم قضائى ، ما دام قد أخطر البائع بالدعوى فى الوقت الملائم ودعاه أن =

ولا مقابل لهذه النصوص في التقنين المدني السابق ، ولكنها تطبيق للقواعد العامة، فكان من الممكن العمل بهذه الأحكام في عهد التقنين المدني السابق دون حاجة إلى نص [1] .

وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

في التقنين المدني السورى المادتين ٤٠٨ – ٤٠٩ – وفي التقنين المدني الليبي المادتين ٤٢٨ – ٤٢٩ – وفي التقنين المدني العراقي المواد ٥٥٠ – ٥٥١ و ٥٥٣ – وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادتين ٤٢٩ و ٤٤١ [2] .

= محله فيها فلم يفعل . وإذا رجع البائع على الأجنبي ، كان عليه أن يثبت أن هذا الأجنبي لم يكن على حق في دعواه» . وفي لجنة المراجعة عدل النص بحيث يجعل دفع البائع بأن الأجنبي لم يكن على حق في دعواه هو دفع في دعوى الضمان ذاتها ، وضد المشترى أيضاً لا الأجنبي فحسب . فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وأصبح رقمه ٤٥٤ في المشروع النهائي. ووافق مجلس النواب على النص ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٤١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٨٨ – ص ٩٠) .

(1) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٨٥ .

(2) **التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السورى** م ٤٠٨ – ٤٠٩ (مطابقتان للمادتين ٤٤٠–٤٤١ من التقنين المدني السورى – أنظر في القانون المدني السورى الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ١٥٥ – فقرة ١٦٢) .

التقنين المدني الليبي م ٤٢٨ – ٤٢٩ (مطابقتان للمادتين ٤٤٠ – ٤٤١ من التقنين المدني المصرى) .

التقنين المدني العراقي م ٥٥٠ : ١ – إذ استحق المبيع للغير وكان الاستحقاق وارداً على ملك البائع، ضمن البائع ولو لم يشترط الضمان في العقد . ٢ – أما إذا ورد الاستحقاق بأمر حادث في المبيع وهو في ملك المشترى ، كما لو أثبت المستحق أنها ملكه بتاريخ متأخر عن الشراء ، فلا حق للمشترى في الرجوع بالضمان على البائع .

م ٥٥١ : ١ – لا يرجع المشترى بالضمان إذا لم يثبت الاستحقاق إلا بإقراره أو بنكوله . ٢ – ومع ذلك يرجع بالضمان حتى لو لم يثبت إلا بإقراره أو بنكوله ، إذا كان حسن النية وكان قد أعذر البائع بدوى الاستحقاق في الوقت الملائم ودعاه للدخول معه في الدعوى فلم يفعل . هذا ما لم يثبت البائع أن المستحق لم يكن على حق في دعواه بالاستحقاق .

م ٥٥٣ : إذا استحق المبيع في يد المشترى الأخير وحكم به للمستحق ، كان هذا حكماً على جميع الباعة ، ولكل أن يرجع على بائعه بالضمان لكن لا يرجع قبل أن يرجع المشترى منه .

(وهذه النصوص تأثرت بنصوص التقنين المدني المصرى ، ولكنها في مجموعها مأخوذة من الفقه الإسلامي، أنظر في القانون المدني العراقي الأستاذ حسن الذنون فقرة ٢٠٠ – فقرة ٢٠٣ – الأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٤٥٧ – فقرة ٤٥٨).

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٤٢٩ : إنه وإن لم يشترط وقت البيع شئ مختص بالضمان، =

وتفرض هذه النصوص أن الغير قد تعرض للمشترى فعلا ، وكان تعرضه في صورة دعوى استحقاق يرفعها عليه كما هو الغالب . ودعوى الاستحقاق هذه يجب أن تفهم بمعنى واسع ، فقد تكون دعوى استحقاق يدعى فيها الغير بأنه يملك المبيع كل أو بعضه، وقد تكون دعوى أخرى يدعى فيها الغير حقاً على المبيع كحق رهن أو حق انتفاع أو حق ارتفاق أو حق إيجار أو غير ذلك من الحقوق التي أشرنا إليها فيما تقدم ، أو ينكر فيها حقاً للمبيع كحق ارتفاق . فعند ذلك يتحقق التزام البائع بضمان تعرض الغير [1] . ويبدأ بتنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً ، وذلك بأن يدخل في دعوى الاستحقاق إلى جانب المشترى أو ليحل محله في هذه الدعوى ، ويدفع ادعاء الغير بجميع الوسائل القانونية التي يملكها حتى يستصدر حكماً يرفض دعواه ، وعند ذلك يكون قد نفذ التزامه بضمان تعرض الغير تنفيذاً

= فالبائع ملزم بأن يضمن للمشترى ما يصيبه من استحقاق الغير للمبيع كله أو لقسم منه ، ومن الأعباء المدعى بها على المبيع التي لم يصرح بها البائع عند البيع .

م ٤٤١ : إذا دعى المشترى إلى المحاكمة بناء على طلب شخص ثالث يدعى حقوقاً على المبيع، وجب عليه أن يدعو بائعه إلى المحكمة . فإن لم يفعل ، وصدر عليه حكم اكتسب قوة القضية المحكمة، فقد حقه في الضمان ، إلا إذا أثبت أن البائع وأن تدخل في الدعوى لم يكن في طاقته استصدار حكم بردها .

(ويختلف التقنين اللبناني عن المصرى ، في الحالة الواردة في المادة ٤٤١ لبناني ، في أن عبء الإثبات في التقنين اللبناني يقع على المشترى ، ويقع على البائع في التقنين المصرى . ولم يعرض التقنين اللبناني للحالات الأخرى التي عرض لها التقنين المصرى ، ولكن الأحكام التي أوردها التقنين المصرى في هذه الحالات الأخرى ليست إلا تطبيقاً للقواعد العامة ، فيمكن القول بأنها تسرى في لبنان دون حاجة إلى نص) .

(1) وقد يتحقق هذا الالتزام دون دعوى ، كما قدمنا ، إذا هدد الغير المشترى برفع الدعوى ورأى هذا أن حق الغير واضح فسلم له به . ويجب قبل التسليم به أن يدعو البائع لمواجهة الغير المتعرض على الوجه الذى سنبينه فيما بعد . وقد تكون الدعوى مرفوعة من المشترى على الغير إذا كان هذا هو الحائز للمبيع، فيطالبه المشترى به ، فيرتفع الغير الدعوى محتجاً بحق يدعيه على المبيع ، فعند ذلك يخطر المشترى البائع ليتدخل في الدعوى (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٠٥ ص ١١٤ – كولان وكابيتان ٣ فقرة ٩٠٥).

أما إذا كان الغير قد رفع دعوى الاستحقاق على البائع وحده دون إدخال المشترى، وصدر الحكم لصالحه ، لم يكن هذا الحكم حجة على المشترى ، فليس لهذا كما قدمنا أن يرجع بضمان الاستحقاق على البائع . وقد قضت محكمة النقض بأن البائع إذا كان كل حقوقه في العقار المبيع تنتقل بالبيع إلى المشترى ، فلا وجه لاعتباره ممثلا للمشترى في أى نزاع مع الغير بشأن العقار المبيع ، ولذلك فإن كل دعوى ترفع بشأن المبيع يجب أن توجه إلى المشترى . وإذا هوجم البائع وحده ، فلا يكون الحكم الصادر عليه حجة على المشترى ولو كان عالماً بالخصومة ، لأن القانون لا يوجب عليه التدخل فيها (نقض مدنى ٢٢ يناير سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ٨٧ ص ٢٩٤).

عينياً . فان لم يتدخل ، أو تدخل ولم ينجح فى استصدار حكم برفض الدعوى ، وجب عليه تنفيذ التزامه عن طريق التعويض على وجه معين كما سبق القول . وتميز النصوص السالفة الذكر بين فرضين : فاما أن يتدخل البائع فى دعوى الاستحقاق ، وإما ألا يتدخل. فاذا لم يتدخل وجب التمييز أيضاً بين فرضين : فاما أن يكون المشترى قد دعاه للتدخل فى الوقت الملائم ، وإما ألا يكون قد فعل . فعندنا إذن ثلاث حالات : (١) حالة تدخل البائع فى دعوى الاستحقاق . (٢) حالة عدم تدخله فى دعوى الاستحقاق مع دعوة المشترى إياه أن يتدخل . (٣) حالة عدم تدخله والمشترى لم يدعه للتدخل .

٣٤٨ – تدخل البائع فى دعوى الاستحقاق: إذا رفع الغير على المشترى دعوى استحقاق على النحو الذى أسلفنا بيانه ، وجب على المشترى أخطار البائع فى الوقت الملائم ودعوته ليتدخل فى الدعوى، حتى ينفذ التزامه بالضمان تنفيذاً عينياً بأن يجعل الغير يكف عن ادعائه أو بأن يحصل على حكم قضائى برفض دعواه . وليس للأخطار شكل خاص، فيصح شفوياً ولكن عبء الإثبات يقع على المشترى [1] . والواجب على المشترى هو إخطار البائع بدعوى الاستحقاق المرفوعة ضده ، وليس يجب عليه إدخاله فى الدعوى .

ولكن لا يوجد ما يمنع من أن المشترى يدخل البائع ضامناً فى الدعوى ولا يكتفى بمجرد أخطاره ، بل إن هذا هو الأفضل ، ففيه قصد فى الوقت والإجراءات ، وبه يكفى المشترى نفسه مؤونة دفع دعوى الغير وقد لا يعرف عنها شيئاً ، ثم هو يأمن بعد ذلك عاقبة أن يتهمه البائع فيما بعد بأنه دلس فى الدفاع أو أنه ارتكب خطأً جسيما فيه، وقد رسم تقنين المرافعات الإجرائية اللازمةلإدخال ضامن فى الدعوى ، فنصت المادة ١١٧ من هذا التقنين على أن «للخصم أن يدخل فى الدعوى من كان يصح اختصامه فيها عند رفعها، ويكون ذلك بالاجراءات المعتادة لرفع الدعوى قبل الجلسة مع مراعاة حكم المادة ٦٦» . ونصت المادة ١١٩ من نفس التقنين على أنه «يجب على المحكمة فى المواد المدنية إجابة الخصم إلى تأجيل الدعوى لإدخال ضامن فيها ، إذا كان الخصم قد كلف ضامنه الحضور خلال ثمانية أيام من تاريخ اعلانه بالدعوى أو قيام السبب الموجب للضمان ، أو إذا كانت الثمانية الأيام المذكورة لم تنقض قبل الجلسة المحددة لنظر الدعوى . وفيما عدا هذه الحالة يكون التأجيل لإدخال الضامن جوازياً للمحكمة . ويراعى فى تقدير الأجل مواعيد الحضور ويكون ادخال الخصم للضامن بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى» . فإذا كلف المشترى البائع، فى خلال ثمانية أيام من تاريخ رفع الدعوى عليه من الغير ، بالحضور ولم يتمكن أن يحدد له إلا جلسة متأخرة عن الجلسة المحدد لنظر دعوى الاستحقاق المرفوعة من الغير، أو كان تاريخ الجلسة المحددة لنظر دعوى الاستحقاق سابقاً على انقضاء هذه الثمانية الأيام ،

(١) الأستاذ عبدالفتاح عبدالباقى فقرة ١٤٥ – الأستاذ جميل الشرقاوى ص ٢٤٦ – الأستاذ منصور مصطفى منصور ص ١٦٤ .

وكانت الدعوى مدنية لأن الدعوى التجارية قد لا تحتمل التأخير ، وجب على المحكمة أن تجيب المشترى إلى تأجيل نظر دعوى الاستحقاق إلى الجلسة المحددة لحضور البائع ضامناً. فاذا لم يكن المشترى قد تمكن من تكليف البائع بالحضور لعدم انقضاء الثمانية الأيام قبل تاريخ جلسة دعوى الاستحقاق ، راعت المحكمة فى تقدير المدة التى تؤجل فيها دعوى الاستحقاق المواعيد اللازمة لتكليف البائع بالحضور وفق الأوضاع العادية ، وتحسب فى ذلك مواعيد المسافة . أما إذا كان المشترى هو الذى رفع الدعوى على الغير يطالبه فيها برد المبيع، أو رفع الدعوى على جاره يطالبه فيها بتقريره حق ارتفاق للعقار المبيع داخلا فى البيع [1] ، فان ميعاد الثمانية الأيام يسرى من وقت قيام السبب الموجب للضمان ، أى من وقت أن ينكر المدعى عليه دعوى المشترى . وفى غير ذلك من الأحوال يكون التأجيل لإدخال البائع ضامناً فى الدعوى جوازياً للمحكمة . على أنه إذا كان تحقيق دعوى الاستحقاق المرفوعة عن الغير على المشترى ، أو تحقيق دعوى المشترى المرفوعة على الغير ، يستلزم زمناً غير قصير كما هو الغالب ، لم يعد هناك داع يدفع المشترى إلى طلب التأجيل ، وكان له أن يدخل البائع ضامناً فى أية جلسة من الجلسات التى تؤجل لها الدعوى الأصلية بتحديد تاريخ هذه الجلسة لحضور البائع [2] .

فإذا لم يدخل البائع المشترى ضامناً فى الدعوى واكتفى باخطاره بها فى الوقت الملائم، وجب على البائع أن يتدخل ، ويكون التدخل بصحيفة تعلن للخصوم قبل يوم الجلسة أو بطلب يقدم شفاها فى الجلسة فى حضورهم ويثبت فى محضرها ، ولا يقبل التدخل بعد إقفال باب المرافعة (م ٢/١٢٦ مرافعات) . وحتى إذا لم يخطر المشترى البائع بالدعوى فى الوقت الملائم ، وعلم بها البائع من طريق آخر ، فانه يجدر به أن يتدخل فى الدعوى من تلقاء نفسه حتى يتولى دفعها ، إذ هو أقدر من المشترى على ذلك . وقد أجاز له تقنين المرافعات سلوك هذا الطريق إذ نصت المادة ١/١٢٦ من هذا التقنين على أنه «يجوز لكل ذى مصلحة أن يتدخل فى الدعوى منضما لأحد الخصوم ..» . ويجوز كذلك أن يكون الغير المتعرض للمشترى هو الذى يدخل البائع ضامناً فى الدعوى، ويتبع فى ذلك الإجراءات التى سبق ذكرها فى إدخال المشترى البائع ضامناً فى الدعوى [3] .

(١) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٠٥ ص ١١٤ – الأستاذ أحمد أبو الوفا فى المرافعات المدنية والتجارية ص ١٧٦ هامش رقم ١ .

(٢) الأستاذ عبدالمنعم الشرقاوى فى المرافعات المدنية والتجارية فقرة ٢٥٩ ص ٣٩٣ .

(٣) كذلك أجازت المادة ١١٨ من قانون المرافعات للمحكمة من تلقاء نفسها أن تأمر بادخال من ترى ادخاله لمصلحة العدالة أو لاظهار الحقيقية .

وتعين ميعادا لا يجاوز ثلاثة أسابيع لحضور من تأمر بادخاله ومن يقوم من الخصوم بادخاله ويكون ذلك بالاجراءات المعتادة لرفع الدعوى» ، ويؤخذ من هذا النص أنه إذا لم يدخل المشترى أو الغيـر =

ويلاحظ أنه إذا كانت دعوى الاستحقاق الأصلية مرفوعة أمام محكمة ابتدائية ، كانت هذه المحكمة مختصة بدعوى الضمان مهما كانت قيمتها . أما إذا كانت الدعوى الأصلية مرفوعة أمام محكمة جزئية ، فان هذه المحكمة لا تختص بطلب الضمان إذا كانت قيمته تجاوز نصاب اختصاصها ، فتقتصر على الفصل في الدعوى الأصلية وحدها . ولكن إذا ترتب على ذلك ضرر بسير العدالة ، وجب على المحكمة الجزئية أن تقضى من تلقاء نفسها باحالة الدعوى الأصلية وطلب الضمان إلى المحكمة الابتدائية المختصة بطلب الضمان ، وحكم الاحالة يكون غير قابل للاستئناف (م ٤٦ مرافعات) (١) .

فاذا تدخل البائع ضامناً فى دعوى الاستحقاق أو أدخل فيها من جهة المشترى أو الغير المتعرض على النحو الذى بسطناه ، جاز للمشترى أن يبقى فى الدعوى فينضم إليه البائع، كما يجوز له أن يخرج منها فيحل البائع محله فيها (م ٤٤٠ مدنى و م ١٢١ مرافعات) . وفى الحالتين يتولى البائع دفع ادعاء المتعرض ، حتى يحمله على الكف عن تعرضه والنزول عن ادعائه ، أو يحصل على حكم قضائى برفض هذا الادعاء (٢) . وبذلك يكون قد نفذ التزامه بضمان التعرض الصادر من الغير تنفيذاً عينياً ، كما سبق القول .

= البائع ضامناً في الدعوى ولم يتدخل البائع فى الدعوى من تلقاء نفسه ، وبدت للمحكمة دلائل جدية على التواطؤ أو الغش أو التقصير من جانب المشترى والغير المتعرض ، جاز لها من تلقاء نفسها أن تأمر بإدخال البائع ضامناً ، وتعين أى الخصمين يقوم بإعلانه . فإذا لم يعلن هذا الخصم البائع فى الميعاد الذى حدد له ، قضت عليه المحكمة بالغرامة أو بوقف الدعوى أو باعتبارها كأن لم تكن : م ٩٩ مرافعات (الأستاذ أحمد أبو الوفا فى المرافعات المدنية والتجارية فقرة ١٧٨) .

(١) ونرى من ذلك أن قواعد الاختصاص المحلى بالنسبة إلى دعوى الضمان الفرعية غير واجبة المراعاة ، فقد يكون محكمة دعوى الاستحقاق الأصلية التى تنظر دعوى الضمان الفرعية هى غير محكمة البائع (الأستاذ أحمد أبو الوفا في المرافعات المدنية والتجارية فقرة ١٧١ ص ١٧٥) . ومع ذلك يجوز للبائع أن يتمسك بعدم اختصاص هذه المحكمة إذا أثبت أن الدعوى الأصلية لم تقم إلا بقصد جلبه أمام محكمة غير مختصة (م ٦٠ مرافعات) ، كما إذا تعمد الغير المتعرض أن يرفع دعواه على المشترى فى محكمته حتى يجلب البائع إلى هذه المحكمة وكان الأيسر له أن يرفع الدعوى مباشرة على البائع فى محكمته مع إدخال المشترى خصما فى الدعوى .

(٢) ومتى نفذ التزامه عل هذا النحو ، فإنه لا يكون مسئولا نحو المشترى عن مصروفات دعوى الضمان التي رفعها هذا عليه بأدخاله في الدعوى ، وتعتبر هذه المصروفات قد تسببت عن تعرض مادى من قبل الغير، ما لم يكن هناك سبب جدى اقتضى رفع دعوى الاستحقاق على المشترى ، كأن كان البائع مهدداً بهذه الدعوى قبل البيع لوجود نزاع جدى فى المبيع ، فيرجع المشترى على البائع فى هذه الحالة بمصروفات دعوى الضمان (بلا نيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٠٨ ص ١١٨ - بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٥٢٨ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٤٧ - الأستاذ عبدالمنعم البدراوى فقرة ٣٠٨ - الأستاذان أحمد نجيب الهلالي وحامد زكي ص ٣٤٩ هامش ١) أما مصروفات دعوى الاستحقاق، فيحكم بها على مدعى الاستحقاق بعد أن خسر دعواه .

أما إذا فشل البائع في ذلك ، فان التزامه بضمان تعرض الغير يتحولُ إلى تعويض إذ يصبح ضامناً لاستحقاق المبيع (1) ، وتقضى المحكمة باستحقاق الغير للمبيع وتقضى فى الوقت ذاته بتعويض على البائع للمشترى يقدر وفقاً للقواعد التى سيأتى ذكرها فى ضمان الاستحقاق . ويقضى فى طلب الضمان والدعوى الأصلية بحكم واحد كلما أمكن ذلك، وإلا فصلت المحكمة فى طلب الضمان بعد الحكم فى الدعوى الأصلية (م ١٢٠ مرافعات). وإذا أمرت المحكمة بضم طلب الضمان إلى الدعوى الأصلية ، كان الحكم الصادر على البائع حجة للغير المتعرض ولو لم يكن هذا قد وجه طلبات إلى البائع (م ١٢١ مرافعات). وإذا خرج المشترى من الدعوى على النحو الذى أسلفناه ، وحكم لمصلحة الغير المتعرض، لم يتحمل المشترى مصروفات الدعوى ويتحملها البائع وحده . ولكن خروج المشترى من الدعوى الأصلية لا يمنع من أن يكون الحكم الصادر فيها لمصلحة الغير المتعرض حجة عليه، كما أنه يظل خصماً فى دعوى الضمان فيقضى له بالتعرض عل البائع (١) .

٣٤٩ – عدم تدخل البائع فى دعوى الاستحقاق بالرغم من اخطار المشترى اياه :
وقد فرضنا فيما قدمناه أن البائع تدخل أو أدخل خصماً فى دعوى الاستحقاق الأصلية. ولكنه قد لا يتدخل ، ولا يدخله أحد الخصوم ولا تدخله المحكمة ، فيبقى خارجاً عن الخصومة في دعوى الاستحقاق الأصلية ، ويكون المشترى قد أخطره في الوقت الملائم ودعاه إلى التدخل فلم يفعل . فهنا لا تخلو الحال من أمور ثلاثة : (١) أما أن يتولى المشترى وحده دفع دعوى المتعرض ، فينجح فى دفعها ويقضى برفض طلبات المتعرض . (٢) وإما أن يقر المشترى للمتعرض بالحق الذى يدعيه أو يتصالح معه على هذا الحق . (٣) وإما ألا يقر ولا يتصالح ، ولكنه يفشل فى دفع دعوى المتعرض ، فيقضى للمتعرض بطلباته ويستحق المبيع استحقاقاً كلياً أو جزئياً .

فاذا نجح المشترى وحده فى دفع دعوى المتعرض وحصل على حكم نهائي برفض طلباته، فقد انتهى التعرض ، وانتهى معه التزام البائع بضمانه . ولا يبقى إلا يرجع المشترى على البائع بما عسى أن يكون قد تجشم من نفقات وأضرار فى دفع دعوى المتعرض ولم يحكم له بها على المتعرض نفسه .

وإذا أقر المشترى للمتعرض بما يدعيه أو تصالح معه عليه ، فأدى له مالا ليكف عن

(1) التزام البائع بالضمان هو من الالتزامات الشخصية التى تنشأ عن عقد البيع بمجرد انعقاده ويتعين على البائع تنفيذ هذا الالتزام تنفيذا عينياً بان يدفع ادعاء الغير بجميع الوسائل القانونية التي يملكها حتى يكف عن تعرضه للمشترى فاذا لم ينجح البائع فى ذلك وجب عليه تنفيذ التزامه بالضمان عن طريق التعويض وينتقل هذا الالتزام من البائع إلى ورثته .
(جلسة ١٩٧٥/٤/٢٩ الطعن ٤٧٦ لسنة ٣٩ ق س ٢٦ ص ٨٤٤).

(١)الأستاذ أحمد أبو الوفا فى المرافعات المدنية والتجارية فقرة ١٧٤ ص ١٧٧ .

تعرضه ، فسنرى أنه يجوز البائع ، بادئ ذى بدء ، أن يتخلص من التزامه بالضمان بأن يرد للمشترى المبلغ أو قيمة ما أداه مع الفوائد القانونية وجميع المصروفات (م ٤٤٢ مدنى) . فاذا لم يختر البائع هذا الطريق ، وأصر على أن المتعرض لم يكن على حق فيما ادعاه، وجب افتراض أن المشترى قد أقر بحسن نية للمتعرض بحقه أو تصالح معه وهو حسن النية، فإنه قد دعا البائع إلى التدخل فى دعوى الاستحقاق فى الوقت الملائم فلم يفعل (١) ، فاتخذ من هذا الامتناع قرينة على أن المتعرض محق فى تعرضه . فى هذه الحالة يرجع المشترى على البائع بالتعويضات الواجبة له بموجب ضمان الاستحقاق على النحو الذى سنبينه ، ولكن البائع يستطيع أن يدفع رجوع المشترى عليه بهذه التعويضات بأن يثبت بأدلة حاسمة(٢) أن المتعرض لم يكن على حق فى دعواه وأن المشترى قد تسرع فى الإقرار أو المصالحة (م ٤٤١ مدنى) . ويستطيع البائع أيضاً أن يثبت أن المشترى لم يكن حسن النية فى إقراره أو مصالحته ، وعند ذلك لا يقتصر على دفع رجوعه عليه بالتعويضات ، بل يرجع هو عليه بالتعويض إذا كان هناك مقتض (٣).

وإذا لم يقر المشترى للمتعرض بما يدعيه ولم يتصالح معه ، ولكنه فشل فى دفع دعواه وقضى للمتعرض بما ادعاه بموجب حكم نهائى، فقد بذل المشترى كل ما فى وسعه:

(١) والنص صريح فى هذه الحالة الخاصة إذا أضيفت عبارة «ودعاه أن يحل محله فيها» ، فالمشترى إذا رأى وجوب الإقرار ، لا يصح أن يكتفى بمجرد أخطار البائع بدعوى الاستحقاق ، بل تجب دعوته إلى التدخل فيها (الأستاذ منصور مصطفى منصور ص ١٦٧ هامش ١ - قارن الأستاذ عبدالمنعم البدراوى فقرة ٣٠٩ ص ٤٧٠) .

(٢) فلا يكفى أن يثبت أن المشترى لم يحسن الدفاع ، أو أنه أغفل الدفع ببطلان صحيفة الدعوى، أو أنه لم يطهر المبيع من الرهن (نسيكولوبيدى داللوز ٥ لفظ vente فقرة ١٣١٥ وفقرة ١٣١٧) . وليس المقصود من إثبات أن المتعرض لم يكن على حق فى دعواه أن يثبت أنه كانت هناك دفوع لم يقدمها المشترى وكانت تكفى لرفض دعوى الاستحقاق (أنسيكلوبيدى داللوز ٥ لفظ vente فقرة ١٣١٨)، حتى لو كانت هذه الدفوع خاصة بالمشترى كاستكماله مدة التقادم (أنسيكلوبيدى داللوز ٥ لفظ vente فقرة ١٤٢٥) . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا ملك المشترى المبيع بالتقادم ، لم يعد هناك محل للرجوع على البائع بضمان الاستحقاق (استئناف مختلط ٣ فبراير سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٣٧٠ - ٢٧ مايو سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٣٩٠ - ٤ يونية سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤٣٣) ، وقضت أيضاً بألا محل للضمان إذا قصر المشترى فى التمسك بتملك المبيع بالتقادم القصير (استئناف مختلط ٢٨ مايو سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٣٣٢) ، أنظر ما يلى فقرة ٣٩٧ فى الهامش . ومع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة فى حكم آخر بأنه لا يجوز للبائع أن ينعى على المشترى أنه لم يعمل لتملك المبيع بالتقادم (٢١ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ١٢١) . فقد تأبى إنه المشترى أن يتمسك بالتقادم بعد تمامه .

(٣) قارن الأستاذ عبدالمنعم البدراوى فقرة ٣١٠ ص ٤٧٤ - الأستاذ منصور مصطفى منصور ص ١٦٧ .

أخطر البائع بدعوى الاستحقاق ، ولم يسلم بحق المتعرض ، بل دفع دعواه بما يملك من وسائل . فيكون من حقه بعد كل ذلك ، وقد استحق المبيع استحقاقاً كلياً أو جزئياً بحكم نهائى، أن يرجع على البائع بالتعويضات بموجب ضمان الاستحقاق . ولا يكفى فى دفع رجوع المشترى على البائع بهذه التعويضات أن يثبت البائع أن المعترض لم يكن على حق فيما ادعاه ، كما كان ذلك يكفى فى حالة إقرار المشترى بحق المتعرض أو تصالحه معه . فقد أمكن فى هذه الحالة الأخيرة أن ينسب إلى المشترى تقصير هو تسرعه فى الاقرار أو التصالح ولو كان ذلك بحسن نية ، أما هنا فالمشترى لم يرتكب حتى هذا التقصير اليسير، بل ظل إلى النهاية يدفع دعوى المتعرض ، فاذا كان لم ينجح فليس من الممكن أن ينسب إليه أى تقصير فى ذلك . ولا يستطيع البائع أن يدفع رجوع المشترى عليه بالتعويضات إلا إذا أثبت أن الحكم النهائى الصادر فى دعوى الاستحقاق كان نتيجة لتدليس من المشترى أو الخطأ جسيم منه (١)، فلا يكفى إذن إثبات خطأ غير جسيم فى جانب المشترى (م ٤٤٠/مدنى) (٢).

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا المعنى : «والفرق بين الحالتين ظاهر، ففى حالة ما إذا صدر الحكم دون إقرار أو صلح ، يصبح من المعقول ألا يؤخذ على المشترى إلا التدليس أو الخطأ الجسيم ، لأنه يكون قد قام بواجبه فأخطر البائع فى الميعاد الملائم ، ويكون غير مسئول عن صدور الحكم بالاستحقاق فهو لم يقر بحق الأجنبى ولم يعمد إلى الصلح معه . أما فى الحالة الأخرى فإن المشترى قد تحمل مسئولية الإقرار أو الصلح ، فلو ظهر أنه لم يكن على حق فيما فعل ، بأن أثبت البائع أن الأجنبى ليس على حق فى دعواه ، كان طبيعياً أن يفقد حقه فى الضمان» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٨٩ - ص ٩٠) .

(٢) وإذا لم يتدخل البائع فى الدعوى بالرغم من إخطاره ، ولم يدخله أحد من الخصوم ، كان الحكم باستحقاق المبيع حجة عليه بالنسبة إلى المشترى ، فيرجع هذا عليه بالضمان إلا إذا أثبت البائع تدليس المشترى أو خطأه الجسيم . ولكن الحكم باستحقاق المبيع لا يكون حجة على البائع بالنسبة إلى المستحق، فإن هذا لم يدخل البائع فى الدعوى ليصدر الحكم فى مواجهته . ومن ثم إذا عجز البائع عن إثبات تدليس المشترى أو خطأه الجسيم فدفع له التعويضات التى يقررها القانون ، جاز البائع أن يرجع على المستحق ليثبت أنه غير محق فى دعواه باستحقاق المبيع ، فيسترده منه ، ولا يجوز للمستحق أن يحتج بالحكم الصادر لمصلحته ضد المشترى . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا المعنى : «وإذا أخل البائع بالتزامه ولم يتدخل فى الدعوى ، فللمشترى أن يدخله فيها ، ولكنه ليس فى حاجة إلى ذلك اكتفاء بالأخطار الذى سبقت الإشارة إليه . وإذا هو لم يرتكب تدليساً أو خطأ جسيماً فى الدعوى المرفوعة عليه من الأجنبى ، وثبت استحقاق هذا ، فإن الحكم الذى يصدر بالاستحقاق يكون حجة على البائع لمصلحة المشترى فى دعوى ضمان الاستحقاق . والبائع هو الذى يكلف بإثبات أن الحكم بالاستحقاق كان نتيجة لتدليس من المشترى أو لخطأ جسيم منه . وغنى عن البيان أن الحكم بالاستحقاق لا يكون حجة على البائع المستحق ، ما دام هذا لم يدخل البائع فى دعوى الاستحقاق» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٨٥ - ص ٨٦) .

٣٥٠ - عدم تدخل البائع فى دعوى الاستحقاق من غير اخطار المشترى اياه : بقيت الحالة الأخيرة ، وهى ألا يتدخل البائع فى دعوى الاستحقاق دون أن يكون المشترى قد أخطره فى الوقت الملائم [١] . ففى هذه الحالة إذا نجح المشترى فى رد دعوى المتعرض، انتهى التعرض وانتهى معه التزام البائع بضمانه كما فى الحالة السابقة [٢] . أما إذا أقر المشترى بحق المتعرض أو تصالح معه أو قضى للمتعرض بطلباته بموجب حكم نهائى ، وأراد المشترى الرجوع على البائع بالتعويضات بموجب ضمان الاستحقاق وجبت مراعاة أن المشترى قد قصر فى عدم إخطار البائع بدعوى الاستحقاق فى الوقت الملائم ، ولو فعل فقد يجوز أن يكون البائع قادراً على التدخل وعلى رفع دعوى المتعرض . من أجل ذلك لا يطلب من البائع لدفع رجوع المشترى عليه بالتعويضات ، أن يثبت تدليس المشترى أو خطأه الجسيم كما فى الحالة السابقة ، بل يكفى أن يثبت أن تدخله فى الدعوى ، لو مكنه المشترى من ذلك فى الوقت الملائم ، كان يؤدى إلى رفض دعوى الاستحقاق (م ٣/٤٤٠ مدنى) [٣] .

---

(١) ولا نرى أنه يكفى فى هذه الحالة أن يثبت المشترى أن البائع يعلم فعلا بالتعرض ، ما دام لم يقم هو بإخطاره به فى الوقت الملائم ، فقد يظن البائع أن المشترى مطمئن إلى مركزه ولا يحتاج إلى تدخل البائع ولذلك لم يخطره (قارن الأستاذ عبدالفتاح عبدالباقى فقرة ١٥١ - الأستاذ جميل الشرقاوى ص ٢٤٧) .

(٢) وقد لا ينجح فى دفع التعرض ويحكم باستحقاق المبيع ، ومع ذلك يستخلص من وقائع الدعوى أن المشترى أراد بعدم إخطاره البائع بتعرض المستحق أن ينزل عن حقه فى الرجوع بالضمان . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا نفت المحكمة فى حكمها دعوى نفياً تاماً موضوعياً مفيداً أن المشترين تنازلوا فعلا عن دعوى الضمان قبل البائع لهم ، ذلك تقدير موضوعى فى شأن من الشؤون التى تملكها محكمة الموضوع بلا رقابة من محكمة النقض ما دام هذا التقدير منتزعاً من وقائع ثابتة والعقل يقبله (نقض مدنى ٢٠ يونيه سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٨٩ ص ٨٨١) .

(٣) مصر استئنافى ١٤ مايو سنة ١٨٩٥ القضاء ٢ ص ٣١٦ - استئناف وطنى ٧ ديسمبر سنة ١٩١٦ الحقوق ٤٢ ص ١٣٢ - وكان المشروع التمهيدى يجعل عبء الإثبات على المشترى لا على البائع، فيثبت المشترى «أن البائع ما كان ليستطيع دفع دعوى الاستحقاق حتى لو تدخل فى هذه الدعوى (م ٥٨٦ مشروع تمهيدى) . فعدل النص فى لجنة مجلس الشيوخ ، ونقل عبء الإثبات إلى البائع لأنه أصبح بعد صدور الحكم مدعياً ببراءة ذمته من الالتزام بالضمان» . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٨٤ و ص ٨٨ - وانظر آنفاً فقرة ٣٤٧ فى الهامش - وانظر عكس ذلك وأن القواعد العامة كانت تقضى بجعل عبء الإثبات على المشترى (الأستاذ عبدالفتاح عبدالباقى ص ٢٣٢ هامش ١) .

(ب) التنفيذ بطريق التعويض

ضمان الاستحقاق

٣٥١ - متى يرجع المشترى على البائع بضمان الاستحقاق : يخلص مما قدمناه أن المشترى يرجع على البائع بضمان الاستحقاق فى إحدى الأحوال الآتية : (١) إذا أخطر المشترى البائع بدعوى الاستحقاق ، فتدخل البائع فى الدعوى ولم يفلح فى دفع دعوى المتعرض . (٢) إذا أخطر المشترى البائع بدعوى الاستحقاق ، فلم يتدخل البائع فى الدعوى، وحكم للمتعرض ، ولم يستطع البائع إثبات تدليس المشترى أو خطأه الجسيم. (٣) إذا أخطر المشترى البائع بدعوى الاستحقاق ، فلم يتدخل البائع فى الدعوى : وأقر المشترى بحق المتعرض أو تصالح معه ، ولم يستطع البائع إثبات أن المتعرض لم يكن على حق فى دعواه . (٤) إذا لم يخطر المشترى البائع بدعوى الاستحقاق ، وحكم للمتعرض، ولم يثبت البائع أن تدخله فى الدعوى كان يؤدى إلى رفضها . (٥) إذا سلم المشترى للمتعرض بحقه دون دعوى يرفعها المتعرض ، ولم يثبت البائع أن المتعرض لم يكن على حق فى دعواه .

فاذا وجب للمشترى على البائع ضمان الاستحقاق فى حالة من الأحوال المتقدمة الذكر، لم تخل الحال من أحد فروض ثلاثة : (أ) فاما أن يكون الاستحقاق استحقاقاً كلياً، فيجب على البائع أن يدفع للمشترى تعويضاً كاملا طبقاً للقواعد التى سنبينها . (ب) وإما أن يكون الاستحقاق استحقاقاً جزئياً ، فيجب على البائع أن يدفع للمشترى تعويضاً بقدر الضرر الذى أصابه على الوجه الذى سنذكره . (جـ) وإما أن يكون المشترى قد دفع للمتعرض شيئاً فى مقابل حقه صلحا أو إقراراً بهذا الحق ، فيجب على البائع ، إذا أراد أن يتخلص من ضمان الاستحقاق ، أن يرد للمشترى ما أداه للمتعرض .

ونستعرض كلا من هذه الفروض الثلاثة .

٣٥٢ - الاستحقاق الكلى - النصوص القانونية : تنص المادة ٤٤٣ من التقنين المدنى على ما يأتى :

«إذا استحق كل المبيع ، كان للمشترى أن يطلب من البائع» .

«١ - قيمة المبيع وقت الاستحقاق مع الفوائد القانونية من ذلك الوقت» .

«٢- قيمة الثمار التى ألزم المشترى بردها لمن استحق المبيع» .

«٣ - المصروفات النافعة التى لا يستطيع المشترى أن يلزم بها المستحق ، وكذلك المصروفات الكمالية إذا كان البائع سيئ النية» .

«٤ - جميع مصروفات دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق ، عدا ما كان المشترى يستطيع أن يتقيه منها لو أخطر البائع بالدعوى طبقاً للمادة ٤٤٠» .

«٥ – وبوجه عام تعويض المشترى عما لحقه من خسارة أو فاته من كسب بسبب استحقاق المبيع».

«كل هذا ما لم يكن رجوع المشترى مبنياً على المطالبة بفسخ البيع أو إبطاله» (١).

(١) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى المادة ٥٨٩ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق مع ما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد فيما عدا أمرين : (١) فى المشروع التمهيدى كان البند ٣ يذكر المصروفات الضرورية إلى جانب المصروفات النافعة . (٢) لم يشتمل المشروع التمهيدى على العبارة الأخيرة من النص وهى : «كل هذا ما لم يكن رجوع المشترى مبنياً على المطالبة بفسخ البيع أو إبطاله». وفى لجنة المراجعة حذفت كلمة «الضرورية» لأنه لا يتصور أن المشترى لا يستطيع أن يلزم بها المستحق، وأضيفت العبارة الأخيرة التى سبق ذكرها حتى يبين ان النص مقصور على تطبيق قواعد التنفيذ بطريق التعويض ولا يخل هذا بحق المشترى فى الفسخ أو الإبطال . وأصبح النص رقمه ٤٥٦ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٤٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٩٤ – ص ٩٥ وص ٩٧ – ٩٨).

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق النصوص الآتية :

م ٣٧٨/٣٠٤ : إذا كان الضمان واجباً ، ونزعت الملكية من المشترى ، فعلى البائع رد الثمن مع التضمينات.

م ٣٧٩/٣٠٥ : التضمينات المذكورة عبارة عن رسوم العقد وما يتبعه من المصاريف وما صرفه المشترى على المبيع والرسوم المنصرفة منه فى دعوى الاستحقاق ودعوى الضمان وجميع الخسارات الحاصلة له والأرباح المقبولة قانوناً التى حرم منها بسبب نزع الملكية .

م ٣٨٠/٣٠٦ : إذا نزعت ملكية المبيع من المشترى ، وجب رد الثمن إليه بتمامه ولو نقصت قيمة المبيع بعد البيع بأى سبب كان .

م ٣٨١/٣٠٧ : أما إذا زادت بعد البيع قيمة المبيع عن ثمنه ، فتحتسب تلك الزيادة من ضمن التضمينات.

م ٣٨٢/٣٠٨: المصاريف الواجب على البائع دفعها فى حالة عدم ملزومية مدعى الاستحقاق بها هى المصاريف المترتب عليها فائدة للمبيع .

م ٣٩٣/٣٠٩ : يلزم البائع المدلس بدفع كامل المصاريف ولو كانت منصرفة من المشترى فى تزيين المبيع وزخرفته .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فيما يتعلق بنصوص التقنين السابق : «يخلط التقنين الحالى (السابق) كما يخلط كثير من التقنينات الأجنبية ، فى هذه المسألة بين الآثار التى تترتب على فسخ البيع وتلك التى تترتب على التنفيذ بطريق التعويض ، من ذلك أن المادتين ٣٧٨/٣٠٤ و ٣٨٠/٣٠٦ من التقنين الحالى (السابق) ترتبان أثر الفسخ ، ولكن المادتين ٣٧٩/٣٠٥ و ٣٨١/٣٠٧ ترتبان أثر التنفيذ ، وكان الأولى عدم الخلط بين هذه الآثار وتلك على أن يختار المشترى لنفسه الطريق الأصلح» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٩٧). وهذا ما فعله التقنين المدنى الجديد ، فقد ميز بين ضمان الاستحقاق ودعوى الفسخ ودعوى الإبطال ، وأختص ضمان الاستحقاق بقواعد خاصة به تتعلق بالتعويض المستحق . والعبرة فى تطبيق نصوص التقنين الجديد بتاريخ الواقعة التى اعتبرت تعرضاً =

والمفروض فى النص المتقدم أن المبيع استحق استحقاقاً كلياً ، أى أن المبيع كان مملوكاً

= للمشترى ، فمن هذا التاريخ ينشأ الالتزام بضمان الاستحقاق ، فإن كان هذا التاريخ قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ سرت نصوص التقنين السابق، وإلا فإن نصوص التقنين الجديد هى التى تسرى .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : **التقنين المدنى السورى** المادة ٤١١ (وهى مطابقة للمادة ٣٤٤ مصرى – وانظر فى القانون المدنى السورى الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ١٦٥ – فقرة ١٦٨).

التقنين المدنى الليبى المادة ٤٣٢ (وهى مطابقة للمادة ٤٤٣ مصرى) .

التقنين المدنى العراقى م ٥٥٤ : – إذا استحق المبيع على المشترى وكان البائع لا يعلم وقت البيع ، فللمشترى استرداد الثمن بتمامه نقصت قيمة المبيع أو زادت . وله أن يسترد أيضاً قيمة الثمار التى ألزم بردها للمستحق والمصروفات النافعة التى صرفها وجميع مصروفات دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق ، عدا ما كان يستطيع المشترى أن يتقيه منها لو أخطر البائع بالدعوى . ٢ – أما إذا كان البائع يعلم وقت البيع باستحقاق المبيع ، فللمشترى أن يسترد فوق ذلك ما زادت به قيمة المبيع عن الثمن والمصروفات الكمالية التى أنفقها على المبيع ، وأن يطلب تعويضاً عما لحقه من خسارة أو فاته من كسب بسبب استحقاق المبيع .

(والظاهر أن التقنين العراقى يخلط بين دعوى الفسخ وضمان الاستحقاق ، ثم هو يميز بين البائع حسن النية والبائع سيئ النية الذى يعلم وقت البيع باستحقاق المبيع فيجعل التعويض على الثانى أوسع مدى منه على الأول . والتقنين المصرى ميز تمييزاً واضحاً بين دعوى الفسخ وضمان الاستحقاق ، ولا يعرض للتمييز بين حسن نية البائع وسوء نيته إلا فيما يتعلق بالمصروفات الكمالية – أنظر فى القانون المدنى العراقى الأستاذ حسن الذنون فقرة ٢٠٦ – فقرة ٢٠٩ وفقرة ٢٢٦ – فقرة ٢٤٠ – والأستاذ حسن الصراف فقرة ٤٦٣) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٤٣٣ : إذا كان الدعوى بالضمان على وجه مجرد أو لم يشترط شئ يختص بالضمان ، فالمشترى الذى نزع منه المبيع كله بحكم الاستحقاق يحق له أن يطالب البائع: أولا – برد الثمن . ثانياً – بقيمة الثمار إذا أجبر المشترى على ردها إلى المالك المستحق . ثالثاً – بالمصاريف التى صرفها المشترى فى دعوى الضمان وبمصاريف المدعى الأصلى. رابعاً – ببدل العطل والضرر مع النظر بعين الاعتبار إلى قيمة تحسين الملك عند الاقتضاء وبمصاريف العقد ورسومه القانونية – على أنه لا يحق للمشترى أن يطالبه ببدل العطل والضرر إذا كان عالماً وقت البيع بخطر الاستحقاق .

م ٤٣٤ : إذا وجد المبيع وقت الاستحقاق مصاباً بنقص فى قيمته أو بعيب كبير لإهمال ارتكبه المشترى أو لحادث نشأ عن قوة قاهرة ، بالبائع يبقى ملزماً برد الثمن . أما إذا كان المشترى قد جنى نفعاً من التعيب الذى أحدثه فى المبيع ، فللبائع أن يخصم من الثمن مبلغاً يعادل قيمة ذلك النفع .

م ٤٣٥ : على البائع أن يرد بنفسه إلى المشترى أو يحمل المستحق على أن يرد إليه جميع نفقات الترميم والتحسينات المفيدة التى أحدثها المشترى فى المبيع.

م ٤٣٦ : يجب على بائع ملك الغير إذا كان سيئ النية أن يدفع إلى المشترى جميع ما صرفه على المبيع للكماليات والمستحسنات .

(وظاهر أن التقنين اللبنانى ، على غرار التقنين الفرنسى ، لا يميز تمييزاً واضحاً بين ضمان الاستحقاق من جهة ودعوى الفسخ ودعوى الإبطال من جهة أخرى) .

لغير البائع فانتزعه المالك الحقيقي من يد المشترى ، ويرجع المشترى لآن على البائع بضمان الاستحقاق . وظاهر أن المشترى يملك – غير دعوى ضمان الاستحقاق دعويين أخريين، هما دعوى الإبطال باعتبار أن البيع صادر من غير مالك فهو بيع ملك الغير (1) ، ودعوى الفسخ على أساس أن المشترى يجيز البيع ثم يطلب فسخه لعدم تنفيذ البائع لالتزامه بنقل الملكية (2) . وهاتان الدعويان – الإبطال والفسخ – لا شأن لنا بهما هنا (3)، فالأولى قد تقدم ذكرها في بيع ملك الغير ، والأخرى هي دعوى الفسخ المقررة في العقود الملزمة للجانبين . وقد أشارت العبارة الأخيرة من النص المتقدم إشارة صريحة إلى هذا المعنى إذ تقول

---

(1) أ – أنه إذا كان المشترى على علم وقت البيع بان البائع لا يملك المبيع كان له أن يطالب بإبطال البيع ويسترد الثمن تبعا لذلك . ولكن لا يكون له الحق في أى تعويض.

(جلسة ١٩٦٧/٨/١٥ مجموعة أحكام النقض السنة ١٨ ص ١٥٠٠)

(جلسة ١٩٩٨/٤/٢٨ الطعن ٢٩٨٩ لسنة ٥٩ ق)

ب – ان المشرع وإن كان قد أجاز للمشترى – طبقا للمادة ٤٤٣ من القانون المدنى – الرجوع على البائع له – فى حالة استحقاق المبيع – بضمان الاستحقاق إلا أنه لم يمنع من المطالبة بفسخ عقد البيع على أساس أن البائع قد أخل بالتزامه وهو ما أشارت إليه المادة السابق ذكرها بقولها «كل هذا ما لم يكن رجوع المشترى مبنيا على المطالبة بفسخ البيع أو ابطاله» ومن مقتضى ذلك أنه فى حالة القضاء بالفسخ تترتب الآثار التى نصت عليها المادة ١٦٠ من القانون المدنى وهى أن يعود المتعاقدان إلى الحالة التى كانا عليها قبل التعاقد فيرد كل منها ما تسلم بمقتضى العقد بعد أن تم فسخه.

(جلسة ١٩٦٧/٨/١٥ الطعن ١٩٣ لسنة ٣٤ ق س ١٨ ص ١٥٠٠)

(2) يدل نص المادة ٤٤٣ من القانون المدنى على أن للمشترى فى حالة استحقاق المبيع من تحت يده وعلى ما أفصحت عنه المذكرة الايضاحية للقانون المدنى ثلاث دعاوى هى دعوى الابطال والفسخ وضمان الاستحقاق والأخيرة دعوى تنفيذ بمقابل إذ تفترض بقاء العقد، وللمشترى أن يختار من بينها ما يشاء فإذا أختار دعوى ضمان الاستحقاق وهى دعوى التنفيذ بمقابل فإن ذلك يفترض بقاء العقد الذى يستمد منه حقه فى رفع الدعوى ويكون الحكم المطعون فيه إذ أيد حكم محكمة أول درجة فى قضائه برفض الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها قبل صدور حكم بفسخ العقد قد أصاب صحيح القانون .

(جلسة ١٩٩٨/٤/٢٨ الطعن ٢٩٨٩ لسنة ٥٩ق)

(جلسة ١٩٧٨/١/١٩ الطعن ٥٨ لسنة ٤٤ ق س ٢٩ خ ص ٢٦٥)

(جلسة ١٩٦٨/٢/٢٢ الطعن ٢١٧ لسنة ٣٤ ق س ١٩ ص ٣٤٥) .

(3) من المقرر قانونا أنه إذا أنشأ المشرع للدائن أكثر من دعوى ، لاقتضاء حقه كان له أن يختار ما يشاء من بينها واخلال البائع بالتزام ضمان عدم التعرض والاستحقاق ينشئ للمشترى عدة دعاوى من بينها طلب فسخ عقد البيع ، ومفاد المادتين ١/١٥٧ ، ١٦٠ من القانون المدنى أن فسخ العقد يعيد المتعاقدين إلى الحالة التى كانا عليها قبل التعاقد ويجوز مع الفسخ طلب التعويض ان كان له مقتض ، ومن ثم اذا فسخ عقد البيع لاخلال البائع بأحد التزاماته جاز الزامه برد الثمن مع التضمينات التى منها ما يكون المشترى قد انفقه على المبيع من مصروفات ضرورية .

(جلسة ١٩٨١/٤/١٥ الطعن ١١٦٤ لسنة ٤٧ ق).

: «كل هذا ما لم يكن رجوع المشترى مبنياً على المطالبة بفسخ البيع أو إبطاله» .

والذى يعنينا هنا هو التعويض الواجب في دعوى ضمان الاستحقاق . وقد وضع فيه التقنين المدني قواعد خاصة به جعلته يتميز عن التعويض في كل من دعوى الإبطال ودعوى الفسخ ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك . وظاهر أن هناك فرقاً فنياً واضحاً بين دعوى ضمان الاستحقاق من جهة ودعوى الإبطال ودعوى الفسخ من جهة أخرى ، هو الذى انبنى عليه هذا التمييز . فكل من دعوى الإبطال ودعوى الفسخ تفترض أن عقد البيع قد زال، إما بالإبطال أو بالفسخ ، وأن التعويض الذى يعطى البائع للمشترى ليس مبنياً على العقد بعد أن زال . أما دعوى ضمان الاستحقاق فتفترض أن عقد البيع باق لم يزل ، إذ التعويض فيها سببه هو عقد البيع ذاته ، وليس التعويض في ضمان الاستحقاق إلا تنفيذاً بطريق التعويض لعقد البيع بعد أن تعذر تنفيذه تنفيذاً عينياً ، وهذا قاطع في أن عقد البيع باق لم يزل ما دام التعويض ليس إلا تنفيذاً له . ومن ثم كان التعويض في ضمان الاستحقاق مقدراً على أساس تعويض المشترى عن فقده للمبيع فيأخذ قيمته وقت الاستحقاق ، لا على أساس زوال البيع فيسترد المشترى الثمن (1)(١) .

ويعدد النص المتقدم الذكر عناصر التعويض في ضمان الاستحقاق الكلى ، على أساس تعويض المشترى عن فقده المبيع . وحتى تتمثل هذه العناصر تمثلا واقعياً، نفرض أن المبيع دار عندما تسلمها المشترى أجرى فيها ترميمات ضرورية ، ثم أقام طبقة جديدة فوق طبقات الدار وأنشأ مصعداً ، ودهن حيطان الدار لزخرفتها ، وقبض ريع الدار من وقت أن تسلمها. وبعد ذلك رفع شخص على المشترى دعوى استحقاق ، فأدخل المشترى البائع ضامناً في الدعوى، وحكم باستحقاق الدار وبتعويض للمشترى على البائع . فهذا التعويض الذى يأخذه

---

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : «آثر المشروع في بيان ما يترتب على ضمان الاستحقاق أن يلتزم الحل الذى تمليه القواعد العامة . فضمان الاستحقاق التزام في ذمة البائع قد نشأ من عقد البيع ، وإذا طالب المشترى به قامت مطالبته على أساس هذا العقد . ومعنى ذلك أن ضمان الاستحقاق بمعناه الدقيق لا يتصور قيامه إلا من قيام عقد البيع ، والمشترى في رجوعه بالضمان على البائع إنما يطلب منه تنفيذ التزامه بنقل ملكية المبيع . ولما كان المبيع قد استحق واستحال بذلك التنفيذ العينى للالتزام فلم يبق أمام المشترى إلا أن يطالب بتنفيذ الالتزام عن طريق التعويض. والتعويض في هذه الحالة هو ما ذكره المادة ٥٨٩ من المشروع ، وهى تقتصر على تطبيق القواعد العامة في تقدير مدى التعويض» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٩٥ – وأنظر أيضا ص ٩٧) .

(1) لقاضى الموضوع متى انفسخ البيع بسبب استحقاق المبيع ، ووجب على البائع رد الثمن مع التضمينات أن يقدر هذه التضمينات بمبلغ معين ، يلزم به البائع ، علاوة على الثمن ، أو أن يحتسب عليه الثمن بالفوائد التى يعوض بها على المشترى ما خسره ، وما حرم منه من الارباح المقبولة قانونا بسبب نزع الملكية والاستحقاق ، وليس على القاضى اذا اجرى الفوائد التعويضية على البائع ان يتبع أحكام فوائد التأخير المشار إليها في المادة ١٢٤ من القانون المدنى القديم الذى يحكم واقعة النزاع.

(جلسة ١٩٧٢/٢/٢٩ الطعن ٢٠٠ لسنة ٣٧ ق س ٢٣ ص ٢٦١).

المشترى من البائع بسبب ضمان الاستحقاق يتكون من عنصرين جوهريين هما قيمة المبيع والتعويضات الأخرى ، ولكن المشرع فصل هذه التعويضات، فصار التعويض عن ضمان الاستحقاق يتكون من العناصر الآتية :

أولا – قيمة المبيع والفوائد القانونية : فيدفع البائع للمشترى قيمة الدار في الوقت الذى رفعت فيه دعوى الاستحقاق ، لأن الحكم بالاستحقاق يستند إلى يوم رفع الدعوى (١)(1). ويلاحظ فى تقدير قيمة الدار ألا يدخل في هذه القيمة المصروفات الضرورية والنافعة والكمالية – أى الترميمات والطبقة الجديدة والمصعد والدهان – فهذه لها حساب آخر سيأتى بعد . وإنما يدفع البائع للمشترى قيمة الدار وقت الاستحقاق بدلا من رد الثمن، لأن المشترى يطالب بالتعويض على أساس المسئولية العقدية لا على أساس فسخ العقد أو إبطاله كما سبق القول ، فالبيع إذن باق وهو مصدر التعويض (٢) . ولا تأثير لمقدار الثمن

(١) بودرى وسينيا فقرة ٣٧٨ مكررة – وإذا كان المبيع حق انتفاع في الدار ، ردت قيمة حق الانتفاع وقت رفع دعوى الاستحقاق ، وهذه القيمة قد نقصت بداهة عن القيمة وقت البيع (قارب بودرى وسينيا فقرة ٣٧٤ مكررة) . وقد ترتفع قيمة المبيع وقت الاستحقاق عما كانت عليه وقت البيع ارتفاعاً باهظاً يرجع إلى ظروف غير متوقعة ، كفتح شارع أو استحداث تحسينات في المواصلات ونحو ذلك ، فمهما كان مقدار الارتفاع يرجع به المشترى على البائع لأنه قد خسره فعلا المبيع باستحقاق (قارب بودرى وسينيا فقرة ٣٧٨) .

(1) أ – ان المادة ٤٤٣ من القانون المدنى تقضى بإنه إذا استحق كل المبيع كان للمشترى أن يطلب من البائع قيمة المبيع وقت الاستحقاق وهو وقت صيرورة حكم الاستحقاق نهائيا لأنه الوقت الذى يتأكد فيه نجاح التعرض فى دعواه ، وهى قيمة لا تأثير لمقدار الثمن عليها فقد تقل عنه وقد تزيد .

(جلسة ١٩٩٨/٤/٢٨ الطعن ٢٩٨٩ لسنة ٥٩ ق)

(جلسة ١٩٧٨/٤/٢٧ الطعن ٢١١ لسنة ٤٥ ق س ٢٩ ص ١١٤٥)

(جلسة ١٩٧٢/٢/٢٩ الطعن ٢٠٠ لسنة ٣٧ ق س ٢٢ ع ١ ص ٢٦١)

ب – ليس للمشترى فى حالة استحقاق المبيع للغير إلا حق الرجوع على البائع بالضمان فاذا كانت الأطيان ملكا لوقف وباعها الناظر على اساس أنه تبادل فيها مع الوقف ثم باعها المشترى إلى آخر ثم طالب الناظر الجديد المشترى الثاني بتثبيت ملكية الوقف لها ، فلا يحق لهذا المشترى اذا ما حكم بالزامه برد أطيان الوقف ، أن يطلب تسليمه اطيان الناظر السابق الخاصة التى وضع عليها بطريق البدل لأنه لم يكن متبادلا مع الوقف وانما هو مشتر من شخص آخر بعيد عنه.

(جلسة ١٩٤٥/٥/٣ مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض فى الـ ٢٥ – ٧٩ – ٣٥٧)

(٢) أما إذا كان يطالب على أساس فسخ العقد أو إبطاله ، فانه يسترد الثمن لا قيمة المبيع وقت الاستحقاق، إذ بزوال العقد يصبح الثمن غير مستحق ، فيسترده المشترى بدعوى استرداد غير المستحق . وقد خلط التقنين المدنى العراقى (م ٥٥٤) وتقنين الموجبات والعقود اللبنانى (م ٤٣٣) بين ضمان الاستحقاق ودعوى الفسخ أو دعوى الإبطال ، فأوجبا على البائع فى ضمان الاستحقاق رد الثمن . وهذا ما فعله أيضاً التقنين المدنى الفرنسى (١٦٣٠ و م ١٦٣١ فرنسى – وانظر كولان وكابيتان ٢ فقرة ٩٠٨ =

على قيمة المبيع وقت الاستحقاق ، فلو أن المشترى دفع ثمناً للدار ألفاً وكانت قيمتها وقت الاستحقاق تقل عن الألف أو تزيد ، فان الذى يأخذه المشترى من البائع هو قيمة الدار وقت الاستحقاق قلت عن الثمن أو زادت (١) . ويأخذ المشترى قيمة المبيع وقت الاستحقاق دون تمييز بين ما إذا كان حسن النية أو سيئ النية أى بين ما إذا كان لا يعلم وقت البيع الاستحقاق أو يعلم ، ودون تمييز بين ما إذا كان البائع نفسه حسن النية أو سيئ النية فسواء كان يعلم سبب الاستحقاق وقت البيع أو لا يعلم ذلك فهو ملزم بدفع قيمة المبيع وقت الاستحقاق للمشترى (٢) . ولما كان المشترى ملزماً ، كما نرى ، برد ريع الدار للمستحق من

= – جوسران ٢ فقرة ١١١١) . ويبدو أنه ما دام المشترى فى القانون المصرى يسترد قيمة المبيع وقت الاستحقاق لا الثمن ، فإنه لا يسترد مصروفات البيع فهذه ملحقة بالثمن وهى والثمن معاً تقابلهما قيمة المبيع (قارن الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٥٤ – الأستاذ محمد على إمام فقرة ٢١٢ – الأستاذ عبدالفتاح عبدالباقى فقرة ٢٤٧ – الأستاذ جميل الشرقاوى ص ٢٥٧ – الأستاذ عبدالمنعم البدراوى فقرة ٣٢٠ – الأستاذ منصور مصطفى منصور ص ١٧٥ – ص ١٧٦) . وفى عهد التقنين المدنى السابق ، حيث كان المشترى يسترد الثمن ، كان يسترد أيضاً مصروفات البيع (استئناف مختلط ٢٣ أبريل سنة ١٨٩٦م ٨ ص ٢٤٥) . وفى فرنسا رأيان : رأى يذهب إلى أن المشترى لا يسترد مصروفات البيع إلا إذا كان حسن النية ، وهذا معناه أن مصروفات البيع تدخل ضمن التعويضات فلا تلحق بالثمن (أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٥ هامش رقم ٣١ ثالثاً – بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١١٥ – بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٥٥١) . ورأى يذهب إلى أن المشترى يسترد المصروفات ولو كان سيئ النية ، وهذا معناه أنها تلحق بالثمن ولذلك يستردها المشترى سيئ النية إذ هو يسترد الثمن وملحقاته دون أن يأخذ تعويضاً (بودرى وسينيا فقرة ٥٣٧ ص ٥٦٩ – بيدان ١١ فقرة ٢١٥) .

ويترتب على أن المشترى فى القانون المصرى يسترد قيمة المبيع لا الثمن أنه لو كان الثمن إيراداً مرتباً مدى الحياة ، فإن المشترى يبقى ملزماً بدفع الإيراد للبائع بعد أن يسترد منه قيمة المبيع، ولا يكون للبائع حق امتياز على قيمة المبيع لأن حلول هذه القيمة محل المبيع حلولا عينياً لم يرد فيه نص . أما فى القانون الفرنسى ، حيث يسترد المشترى الثمن لا قيمة المبيع ، فإنه يسترد ما دفعه من أقساط الإيراد، فينقطع الإيراد (أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٥ هامش ٢٨ مكرر ثالثاً – بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١١٢ ص ١٢١) .

(١) وقيمة المبيع وقت الاستحقاق قد تهبط عن قيمة وقت البيع إما بفعل المشترى ويكون ذلك عادة باستعمال المبيع أو هدم جزء منه ، وإما بانخفاض سعر المبيع فى السوق . وكذلك قد تزيد بفعل المشترى أو بارتفاع سعر المبيع فى السوق أو بأعمال عامة كفتح شارع أو تحسين طرق المواصلات (الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٥٠).

ويلاحظ أنه إذا نقصت قيمة المبيع وقت الاستحقاق عن الثمن ، جاز للمشترى ، بدلا من الرجوع بضمان الاستحقاق ، أن يطلب فسخ البيع أو إبطاله فيسترد الثمن (الأستاذ محمد على إمام فقرة ٣٠٨ – الأستاذ عبدالفتاح عبدالباقى فقرة ١٥٦ ص ٢٤٢ – الأستاذ جميل الشرقاوى ص ٢٥٤ – الأستاذ منصور مصطفى منصور ص ١٧٣) .

(٢) استئناف مختلط ١١ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢٢ ص ٢٢٧ .

يوم رفع دعوى الاستحقاق على الأقل ، فانه يأخذ من البائع تعويضاً عن هذا الريع الفوائد بالسعر القانونى (٤٪ فى المسائل المدنية و ٥٪ فى المسائل التجارية) لقيمة الدار وقت الاستحقاق ، فهذه الفوائد بالنسبة إلى هذه القيمة تقابل الريع بالنسبة إلى الدار [(١)] . ويأخذ المشترى الفوائد القانونية المتقدمة الذكر ، ولو كان يعلم وقت البيع بسبب الاستحقاق ، أو كان البائع وقت البيع لا يعلم بهذا السبب .

ثانياً – الثمار : وإذا فرض أن المشترى كان يعلم بسبب الاستحقاق قبل رفع دعوى الاستحقاق ، فانه يكون ملزماً برد الريع الذى قبضه من الدار من اليوم الذى علم فيه بسبب الاستحقاق (م ٢/١٨٥ مدنى) . وعند ذلك يرجع على البائع بما رده للمستحق من ريع الدار إلى يوم رفع دعوى الاستحقاق ، ويقول البند الثانى من المادة ٤٤٣ مدنى أن المشترى يطلب من البائع «قيمة الثمار التى ألزم المشترى بردها لمن استحق المبيع» . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : «والمفروض فى ذلك أن المشترى قد علم بحق الغير قبل رفع دعوى الاستحقاق ، فوجب أن يرد الثمار المستحقة من وقت علمه بذلك ، ويرجع بها على البائع استيفاء لحقه فى التعويض . أما ثمار المبيع من وقت رفع الدعوى، فهذه قد استعاض عنها بالفوائد القانونية لقيمة المبيع كما سبق بيانه فيما تقدم [(٢)] .

ثالثاً – المصروفات : أما المصروفات التى أنفقها المشترى على الترميمات الضرورية التى أجراها فى الدار ، فهذه يأخذها من المستحق ، سواء كان المشترى لا يعلم وقت البيع بسبب الاستحقاق أو كان يعلم أى سواء كان حسن النية أو سيئها ، وهذا تطبيقاً للفقرة الأولى من المادة ٩٨٠ مدنى إذ تقول : «على المالك الذى يرد إليه ملكه أن يؤدى إلى الحائز جميع ما أنفقه من المصروفات الضرورية» . ومن ثم لا يرجع المشترى على البائع بشئ من هذه المصروفات الضرورية ، فقد استردها كلها من المستحق [(٣)] . وأما المصروفات التى أنفقها فى

---

(١) ويستحق المشترى الفوائد القانونية حتى لو كان المبيع ثماراً ، كما لو كان أرضاً فضاء معدة للبناء، وتكون فى هذه الحالة على سبيل استكمال التعويض فقد كان المشترى يستطيع أن يستغل قيمة المبيع لو أخذه من البائع فوراً بمجرد الاستحقاق (أنظر عبدالفتاح عبدالباقى فقرة ١٥٦ ص ٢٤٤) . ويستحق المشترى الفوائد القانونية دون حاجة للمطالبة القضائية بها ، ويكفى فى سريانها رفع دعوى ضمان الاستحقاق الأصلية أو إدخال البائع فى دعوى الاستحقاق بصفة فرعية (الأستاذ جميل الشرقاوى ص ٢٥٤ – الأستاذ عبدالمنعم البدراوى فقرة ٣١٦ – الأستاذ منصور مصطفى منصور ص ١٧٣).

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٩٦ – استئناف مختلط ٢٣ أبريل سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢٤٥ – وإذا كان سبب الاستحقاق رهناً ونزع الدائن المرتهن ملكية المبيع ، فان الثمار تلحق بالعقار من وقت تسجيل التنبيه (م ١٠٣٧ مدنى) فيحرم منها المشترى ، ويرجع بها على البائع (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١١٦) .

(٣) وقد كان المشروع التمهيدى يذكر استرداد المشترى من البائع المصروفات الضرورية التى يستطيع المشترى أن يلزم بها المستحق ، فصحح هذا الخطأ فى لجنة المراجعة بحذف هذا الحكم ، لأن المصروفات الضرورية «لا يتصور أن المشترى لا يستطيع أن يلزم بها المستحق» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص =

إقامة الطبقة الجديدة فوق طبقات الدار الأصلية ، فهذه مصروفات نافعة أوردت الفقرة الثانية من المادة ٩٨٠ مدنى والمادتان ٩٢٤ و ٩٢٥ مدنى حكمها . فاذا كان المشترى يعلم وقت أن أقام الطبقة الجديدة بسبب الاستحقاق ، كان للمستحق أن يطلب منه إزالة هذه الطبقة مع التعويض أن كان له وجه ، أو يطلب استيبقاءها مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة أو دفع مبلغ يساوى ما زاد فى قيمة الدار بسبب هذه الطبقة الجديدة (م ٩٢٤ مدنى) . وإذا كان المشترى لا يعلم وقت أن أقام الطبقة الجديدة بسبب الاستحقاق ، خير المستحق بين دفع نفقات البناء أو دفع مازاد فى قيمة الدار (م ٩٢٥ مدنى) . وفى الحالتين يتحمل المشترى، بعد أن يسترد من المستحق المبلغ الذى يسمح به القانون على النحو المتقدم الذكر، خسارة هى الفرق بين قيمة الطبقة الجديدة وقت الاستحقاق والمبلغ الذى استرده من المستحق ويكون عادة أقل من قيمة الطبقة الجديدة . فهذه الخسارة يرجع بها المشترى على البائع كعنصر من عناصر التعويض فى ضمان الاستحقاق ، ويستوى فى هذا الرجوع أن يكون المشترى غير عالم بسبب الاستحقاق وقت البيع أو عالما بذلك [(١)] . وأما المصعد الذى أنشأه المشترى فى الدار ، فيغلب أن تكون المصروفات التى أنفقت فيه مصروفات نافعة، ويكون حكمها هو الحكم الذى قدمناه فى المصروفات التى أنفقت على إقامة الطبقة الجديدة. وقد تكون مصروفات المصعد مصروفات كمالية ، فيما إذا كان المألوف فى مثل الدار المبيعة حتى بعد بناء الطبقة الجديدة ألا يكون فيها مصعد وليست الدار فى أية حاجة إليه ، وسنرى حالا حكم المصروفات الكمالية . وأما المصروفات التى أنفقها المشترى على دهان حيطان الدار وزخرفتها ، فالغالب أن تكون مصروفات كمالية [(٢)] ، وحكمها وارد فى الفقرة الثالثة من المادة ٩٨٠ مدنى وتقضى بأنه «إذا كانت المصروفات كمالية فليس للحائز أن يطالب بشئ منها ، ومع ذلك يجوز له أن ينزع ما استحدثه من منشآت على أن يعيد الشئ إلى حالته الأولى إلا إذا اختار المالك أن يستبقيها مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة» . وظاهر أن دهان الحيطان لا يتصور فيه أن يطلب المشترى إزالته ، فهو سيتركه للمستحق دون أن يأخذ منه أى تعويض ، فهل يرجع بهذه المصروفات الكمالية على البائع كعنصر من عناصر التعويض فى ضمان الاستحقاق ؟ يجيب البند ٣ من المادة ٤٤٣ مدنى،

= ٩٤ و ص ٩٧) – هذا وللمشترى حق امتياز على المبيع يكفل له رجوعه بالمصرفات الضرورية على المستحق (م ١١٤٠ و م ١١٤٨ مدنى – الأستاذ محمد على أمام فقرة ٢١٠) .

(١) وقد كان القضاء المصرى فى عهد التقنين المدنى السابق يقضى بذلك (استئناف مختلط ٢٣ أبريل سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢٤٥ – ١٦ مارس سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ١٦٢) . على أنه لا يسترد المشترى من البائع هذا الفرق إلا إذا كان قد أنفق المصروفات قبل رفع دعوى الاستحقاق ، إما إذا أنفقها بعد رفع هذه الدعوى فليس له أن يرجع بفرق على البائع (استئناف مختلط ٣٠ مايو سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٣٨٠ – ٩ يونيه ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤٢٧).

(٢) وقد تكون فى أحوال نادرة مصروفات نافعة ، وقد علمنا حكم هذه المصروفات .

كما رأينا، بأن المشترى يسترد من البائع هذه المصروفات الكمالية إذا كان البائع سيئ النية ، أى إذا كان البائع وقت البيع يعلم بسبب الاستحقاق . وتعلل المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى هذا الحكم بما يأتى : «أما المصروفات الكمالية فلا يرجع بها المشترى على المستحق، وكذلك لا يرجع بها على البائع إذا كان حسن النية ، لأن المدين فى المسئولية التعاقدية لايسأل عن الضرر غير متوقع الحصول ، ويمكن اعتبار المصروفات الكمالية أمراً غير متوقع . فاذا كان البائع سيئ النية ، أى كان يعلم بحق الأجنبى، فيسأل فى هذه الحالة عن الضرر ولو كان غير متوقع ، ويحق إذن للمشترى أن يرجع بالمصروفات الكمالية»[(١)] .

رابعاً – مصروفات دعوى الاستحقاق ودعوى الضمان : يضاف إلى عناصر التعويض الذى يرجع به المشترى على البائع فى ضمان الاستحقاق ما عسى أن يكون قد ألزم به من مصروفات دعوى الاستحقاق التى رفعها المستحق عليه ، فقد يكون المشترى قد بقى خصماً فى هذه الدعوى ولما حكم للمستحق بالاستحقاق ألزم هو بمصروفات الدعوى نحو المستحق. فيرجع بما ألزم به من هذه المصروفات على البائع كعنصر من عناصر التعويض . ثم إن المشترى قد أدخل البائع ضامناً فى الدعوى ، أو لعله رفع عليه دعوى ضمان أصلية بعد الحكم بالاستحقاق ، ففى الحالتين يكون قد تكبد مصروفات هى مصروفات إدخال البائع ضماناً أو مصروفات دعوى الضمان الأصلية . فهذه المصروفات أيضاً يلزم بها البائع نحو المشترى ، ويستثنى من ذلك المصروفات التى كان المشترى يستطيع أن يتقيها لو أنه أخطر البائع بدعوى الاستحقاق فى الوقت الملائم[(٢)] ، فقد يبطئ المشترى فى إخطار البائع بدعوى الاستحقاق ، وقد لا يخطره أصلا ، ويتسبب عن ذلك أن تطول الإجراءات فى غيرمقتض فتزيد المصروفات . فما زاد منها على هذا النحو لا يرجع المشترى به على البائع لأنه هوالذى تسبب فيه بخطأه[(٣)] . وعلى البائع يقع عبء إثبات أن المشترى كان يستطيع اتقاء المصروفات على النحو المتقدم[(٤)] .

خامساً – ما لحق المشترى من الخسارة وما فاته من الكسب : ويذكر البند الخامس من المادة ٤٤٣ مدنى ، كما رأينا ، أن البائع يلتزم «بوجه عام تعويض المشترى عما لحقه من خسارة أو فاته من كسب بسبب استحقاق المبيع» . وتقول المذكرة الإيضاحية أن «ليس فى ذلك إلا تذكير بالقواعد العامة»[(٥)] . فالقواعد العامة تقضى بأن التعويض فى المسئولية-

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٩٦ .

(٢) كما لو تكلف مصروفات للحصول على صورة مستند كان موجوداً عند البائع وكان يستطيع أخذه منه لو أخطره (الأستاذ منصور مصطفى منصور ص ١٧٥) .

(٣) أنظر البند ٤ من المادة ٤٤٣ مدنى . وأنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ٤ ص ٩٦ .

(٤) بيدان ١١ فقرة ٢١٤ .

(٥) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٩٧ .

التعاقدية يشمل كل ما لحق الدائن من خسارة متوقعة أو فاته من كسب متوقع . وقد يكون هذا وتلك عنصرين جديدين فى التعويض فوق العناصر التى قدمناها . مثل ذلك ، فيما لحق المشترى من خسارة ، أن يكون وقت أن اشترى الدار قد اضطر لمعاينتها فانتقل إليها من بعيد برفقة البائع وتجشم فى ذلك مصروفات السفر ، فهذه خسارة تحملها المشترى فيرجع بها على البائع كعنصر من عناصر التعويض فى ضمان الاستحقاق[(١)(1)] . ومثل ذلك ، فيما فات المشترى من كسب ، أن يكون الثمن الذى اشترى به المشترى الدار قد أعده لاستغلاله فى ناحية تدر عليه ربحاً معيناً ثم تحول عن هذه الناحية إلى شراء الدار والبائع يعلم ذلك . فاستحقاق الدار قد فوت على المشترى هذا الربح المعين الذى كان يجنبه لو أنه استغل ثمن الدار فى الناحية التى فكر فيها من قبل ، فيرجع على البائع بهذا الربح كعنصر من عناصر التعويض فى ضمان الاستحقاق (٢) .

هذه هى العناصر المختلفة فى التعويض المستحق بسبب ضمان الاستحقاق ، وقد ذكرها القانون بالنص عنصراً عنصراً ، فابرز بذلك دعوى ضمان الاستحقاق بمقوماتها الذاتية (2) ،

(١) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١١٤ وص ١٢٠ هامش ٣ .

(٢) وفى عهد التقنين المدنى السابق ، حيث كان البائع يرد الثمن للمشترى ، كان يجوز للقاضى أن يحسب ، على سبيل التعويض عما لحق المشترى من خسارة وما فاته من كسب ، فوائد على الثمن بسعرمعين يدفعها البائع عند رد الثمن ، وليس من الضرورى أن يكون السعر هو السعر القانونى . وقد قضت محكمة النقض بأن لقاضى الموضوع – عندما يجب على البائع رد الثمن مع التضمينات بسبب استحقاق المبيع – أن يقدر هذه التضمينات بمبلغ معين يلزم به البائع علاوة على الثمن ، أو أن يحتسب عليه الثمن بالفوائد التى يعوض بها على المشترى ما خسره وما حرم منه من الأرباح المقبولة قانونا بسبب نزع الملكية . وليس على القاضى إذا أجرى الفوائد التعويضية على المشترى أن يتبع أحكام فوائد التأخير المشار إليها فى المادة ١٢٤ مدنى (السابق) (نقض مدنى ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٧٤ ص ١٤٤).

(1) لقاضى الموضوع متى انفسخ البيع بسبب استحقاق المبيع ، ووجب على البائع رد الثمن مع التضمينات، أن يقدر هذه التضمينات بمبلغ معين ، يلزم به البائع ، علاوة على الثمن ، أو أن يحتسب عليه الثمن بالفوائد التى يعوض بها على المشترى ما خسره ، وما حرم منه من الارباح المقبولة قانونا بسبب نزع الملكية والاستحقاق ، وليس على القاضى إذا أجرى الفوائد التعويضية على البائع ان يتبع احكام فوائد التأخير، المشار إليها فى المادة ١٢٤ من القانون المدنى القديم الذى يحكم واقعة النزاع.

(جلسة ١٩٧٢/٢/٢٩ الطعن ٢٠٠ لسنة ٣٧ ق س ٢٣ ص ٢٦١)

(2) اذا كان الحكم المطعون فيه أنما أعمل فى قضائه بالتعويض ما اتفق عليه العاقدان فى عقد البيع وما ورد فيه عن ضمان الضامن المتضامن مع البائع ، وكان يجوز للمشترى الاتفاق على أن يعوضه البائع فى حالة حصول تعرض له فى انتفاع بالمبيع ، كما يحق للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليه فى العقد فإن الحكم لا يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون .

(جلسة ١٩٧٢/٥/١٦ الطعن ٣٤١ لسنة ٣٧ ق س ٢٣ ص ٩٢٣)

وفارق بينها وبين دعوى الفسخ ودعوى الإبطال كما سبق القول . وأهم فرق فى التعويض المستحق بموجب ضمان الاستحقاق وبين التعويض المستحق بدعوى الإبطال أو دعوى الفسخ يظهر عندما يكون المشترى عالماً بسبب الاستحقاق وقت البيع . ففي دعوى ضمان الاستحقاق لا يؤثر هذا العلم فى مقدار التعويض [1] ، أما فى دعوى الإبطال أو دعوى الفسخ فالمشترى يكون سيئ النية ، وقد علمنا فى بيع ملك الغير أن المشترى إذا كان سيئ النية فليس له أن يطالب البائع بتعويض (م ٤٦٨ مدنى) ومن ثم لا يستطيع المشترى أن يرجع على البائع بغير الثمن الذى دفعه ولا يسترد العناصر الأخرى من عناصر التعويض التى سبق

(١) والفقه فى مصر منقسم فى هذه المسألة ، فالقائلون باشتراط حسن نية المشترى حتى يكون له الحق فى التعويضات الأخرى يقيسون دعوى ضمان الاستحقاق على دعوى إبطال بيع ملك الغير (الأستاذ أنور سلطان ففقر ٢٥٥ – الأستاذ عبدالمنعم البدراوى فقرة ٣١٥) . والقائلون بأن للمشترى الحق فى التعويضات الأخرى ولو كان سيئ النية يستندون إلى أن النصوص ميزت تمييزاً واضحاً بين دعوى إبطال بيع ملك الغير ودعوى ضمان الاستحقاق فلا يجوز الخلط بينهما وقياس هذه على تلك، وإلى أن القواعد العامة فى التنفيذ بطريق التعويض ، وهى القواعد التى تنطبق على دعوى ضمان الاستحقاق، لا تستبعد التعويض عن الضرر إلا إذا كان الدائن هو الذى تسبب فى إحداث الضرر، ولا يجوز التحفظ إلا فى حالة ما إذا أمكن تفسير علم المشترى بسبب الاستحقاق اتفاقاً ضمنياً على عدم الضمان فيجب عندئذ رد قيمة المبيع دون التعويضات الأخرى ، الأستاذ محمد على إمام فقرة ٢٠٧ – الأستاذ عبدالفتاح عبدالباقى فقرة ١٥٧ – الأستاذ منصور مصطفى منصور ص ١٧٧ – ص ١٧٩ – الأستاذ اسماعيل غانم ص ١٢٥ ص ١٢٦ – وقارب الأستاذ جميل الشرقاوى ص ٢٥٩) . أما سوء نية البائع فلا يؤثر إلا فى الضرر غير المتوقع كالمصروفات الكمالية ، فيعوض عنه البائع سيئ النية دون البائع حسن النية ، وفى غير هذه الحالة تستحق كل التعويضات حتى لو كان البائع حسن النية وكان المشترى سيئ النية .

وكان القضاء فى عهد التقنين المدنى السابق ، حيث كان ضمان الاستحقاق يختلط ببيع ملك الغير، يشترط حسن النية المشترى حتى يستحق التعويضات الأخرى (نقض مدنى أول فبراير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٥٤ ص ٢٨١ – استئناف مصر ٢٣ أبريل سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ١/٢٥٥ ص ٥١٨ – ١٦ فبراير سنة ١٩٤١ المجموعة الرسمية ٤٢ رقم ١٧٠ استئناف مختلط ١٣ ديسمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ٤٨ – ١١ مايو سنة ١٨٩٧م ٩ ص ٣٤١ – ٢٣ فبراير سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ١٣٣ – أول يونيه سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٢٦٤ – ٢٥ فبراير سنة ١٩٠٩م ٢١ ص ٢٢٠).

وفى القانون الفرنسى ، حيث تختلط دعوى ضمان الاستحقاق بدعوى إبطال بيع ملك الغير، يشترط الفقه الفرنسى حسن نية المشترى حتى يستحق التعويضات الأخرى قياساً على القواعد المقررة فى بيع ملك الغير حيث لا يستحق المشترى تعويضاً إلا إذا كان حسن النية (أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٥ ص ٧٦ – بودرى وسينيا فقرة ٣٧٥ – بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١١٣ ص ١٢٣ – بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٥٥٢ – كولان وكابيتان ٢ فقرة ٩١١ وفقرة ٩١٩) . ولكن محكمة النقض الفرنسية (نقض فرنسى ٩ مارس سنة ١٩٣٧ داللوز الأسبوعي ١٩٣٧ – ٢٥٣) عدلت اخيراً عن قضائها السابق وذهبت إلى أن المشترى يستحق التعويضات الأخرى ولو كان سيئ النية (انسيكلوبيدى داللوز ٥ لفظ vents فقرة ١٣٢٠).

ذكرها فى ضمان الاستحقاق . وهذا وحده كاف فى جعل دعوى ضمان الاستحقاق بارز إلى جانب دعوى الفسخ ودعوى الإبطال ، وجعل المشترى يؤثر عادة أن يلجأ إلى هذ الدعوى دون الدعويين الأخريين .

٣٥٣ – الاستحقاق الجزئى – النصوص القانونية – تنص المادة ٤٤٤ من التقنين المدنى على ما يأتى :

«١ – إذا استحق بعض المبيع ، أو وجد مثقلا بتكليف وكانت خسارة المشترى من ذلك قد بلغت قدراً لو علمه لما أتم العقد ، كان له أن يطالب البائع بالمبالغ المبينة فى الماد السابقة ، على أن يرد له المبيع وما أفاده منه» .

«٢ – فاذا اختار المشترى استبقاء المبيع ، أو كانت الخسارة التى لحقته لم تبلغ القد المبين فى الفقرة السابقة ، لم يكن له إلا أن يطالب بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب الاستحقاق» [1] .

(١) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى المادة ٥٩٠ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد. ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم المادة ٤٥٧ من المشروع النهائى. وأدخ عليه مجلس النواب تعديلا لم يأخذ به مجلس الشيوخ ، وأبقى النص على حالة تحت رقم ٤٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٠٠ – ص ١٠٢) .

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المواد الآتية :

م ٣٨٤/٣١٠ : نزع ملكية جزء معين من المبيع أو شائع فيه يعتبر قانوناً كنزع ملكيته كله وكذلك ثبوت حق ارتفاق موجود على المبيع قبل العقد ولم يحصل الإعلام به أو لم يكن ظاهراً وقد البيع يعتبر كنزع الملكية بتمامها . هذا إذا كان الجزء المنتزعة ملكيته أو حق الارتفاق بحالة لو علمه المشترى لامتنع عن الشراء .

م ٣٨٥/٣١١ : ومع ذلك للمشترى فى هذه الحالة إبقاء البيع أو فسخه، ولكن ليس له أن يفسـ إضراراً بحقوق الدائنين برهن .

م ٣٨٦/٣١٢ : إذا أبقى المشترى البيع ، أو كان الجزء المنتزع ملكيته منه أو حق الارتفاق عل البيع ليس بحالة تجوز فسخ العقد ، جاز للمشترى أن يطلب من البائع قيمة ذلك الجزء الذى انتزع ملكيته منه بالنسبة للقيمة الحقيقية للمبيع فى وقت النزاع أو تضمينات تقدرها المحكمة فى حالة ثبو حق الارتفاق.

(وتختلف أحكام التقنين السابق عن أحكام التقنين الجديد فى أنها هنا أيضاً – كما فى الاستحقا الكلى – تخلط ما بين الفسخ وضمان الاستحقاق . ثم إنها فى حالة استبقاء المشترى للمبيع ء الاستحقاق الجزئى تجعل التعويض مقدراً على وجه خاص هو جزء من الثمن يعادل قيمة الجزء المستـ بالنسبة إلى القيمة الحقيقية للمبيع وقت الاستحقاق ، فإذا كان المستحق حق ارتفاق قدر التعويض ط للقواعد العامة . والعبرة فى تطبيق نصوص التقنين الجديد – كما قدمنا فى الاستحقاق الكلى – بتار الواقعة التى اعتبرت تعرضاً للمشترى ، فإن كان هذا التاريخ قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ سرت نصو التقنين السابق ، وإلا فإن نصوص التقنين الجديد هى التى تسرى .
=

ويعرض النص للحالة التي لا يكون فيها استحقاق المبيع استحقاقاً كلياً . والاستحقاق الجزئي يتحقق بطرق مختلفة ، فقد يستحق جزء من المبيع شائع أو مفرز ، وقد يتبين أن المبيع مرهون أو مثقل بحق اختصاص أو حق امتياز [1] ، أو أن حق ارتفاق للمبيع ليس موجوداً ، ففي هذا كله يمكن القول بأنه استحق بعض المبيع . وقد يكون المبيع مثقلا

= ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري ٤١٢ (مطابقة للمادة ٤٤٤ مصري – وأنظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ١٦٩) .

التقنين المدني الليبي م ٤٣٣ (مطابقة للمادة ٤٤٤ مصري).

التقنين المدني العراقي م ٥٥٥ : ١ – إذا استحق بعض المبيع أو كان مثقلا بتكليف لا علم للمشتري به وقت العقد ، كان له أن يفسخ العقد .

٢ – وإذا اختار المشتري الباقي من المبيع ، فله أن يطالب بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب الاستحقاق.

(وحكم التقنين العراقي يخالف حكم التقنين المصري في أمرين : (١) لا يميز التقنين العراقي في الاستحقاق الجزئي بين استحقاق جسيم لو علم به المشتري لما أتم العقد واستحقاق غير جسيم كما فعل التقنين المصري ، فالاستحقاق الجزئي في التقنين العراقي حكمه واحد في جميع حالاته . (٢) وهذا الحكم هو الخيار بين الفسخ مع رد المبيع أو استبقاء المبيع مع التعويض عن الضرر بسبب الاستحقاق الجزئي . والتقنين المصري لا يفسخ البيع حتى بعد رد المبيع ، بل يبقى البيع قائما ويكون سبباً في التعويضات الكاملة المقررة في الاستحقاق الكلي – أنظر في القانون المدني العراقي حسن الذنون فقرة ٢١٠ – فقرة ٢١٤ وفقرة ٢٤١ – الأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٤٦٤).

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٤٣٧ : إذا لم ينزع من المشتري إلا جزء من المبيع ، وكان هذا الجزء بالنسبة إلى المجموع كبير الشأن إلى حد أن المشتري لولا وجوده لامتنع عن الشراء ، حق له أن يفسخ العقد.

م ٤٣٨ : إذا لم يفسخ البيع في حالة استحقاق جزء من المبيع ، يرد إلى المشتري قيمة الجزء المستحق بالنسبة إلى مجموع الثمن ، مع بدل العطل والضرر عند الاقتضاء .

م ٤٣٩ : إذا كان على المبيع حقوق عينية غير ظاهرة لم يصرح بها ، وكانت كبيرة الشأن إلى حد يمكن معه التقدير أن المشتري لو علم بها لما اشترى ، حق له أن يفسخ العقد إذا لم يفضل الاكتفاء بأخذ العوض.

(ويختلف التقنين اللبناني في أن الخيار للمشتري في ضمان الاستحقاق الجزئي بين فسخ البيع أو استرداد قيمة الجزء المستحق بالنسبة إلى مجموع الثمن مع التعويضات الأخرى إن كان لها مقتض ، أما في التقنين المصري فالخيار بين رد المبيع وأخذ التعويضات المقررة في الاستحقاق الكلي دون فسخ البيع وبين استبقاء المبيع وأخذ تعويضات تقدر طبقا للقواعد العامة).

(١) أو مثقل بضريبة تحسين ترتبت على أعمال المنافع العامة كان من شأنها زيادة قيمة المبيع أنسيكلوبيدي داللوز ٥ لفظ vente فقرة ١٣٥٢).

بتكليف ، كحق ارتفاق عليه ليس ظاهراً ولم يبين البائع عنه للمشتري أو حق انتفاع أو حق حكر . ففي جميع الأحوال التي يستحق فيها بعض المبيع أو يكون مثقلا بتكليف، يكون هنا استحقاق جزئي للمبيع .

ويميز النص في الاستحقاق الجزئي بين فرضين : (١) إذا كانت خسارة المشتري بسبب الاستحقاق الجزئي قد بلغت من الجسامة قدراً لو علمه وقت البيع لما أتمه ، كما لو اشترى أرضاً لإقامة مصنع أو مدرسة أومستشفى فاستحق جزء منها فصار الباقي غير كاف للوفاء بالغرض المطلوب (١). وليس من الضروري في هذا الفرض أن يكون المشتري غير عالم وقت البيع بالاستحقاق الجزئي ، فقد يكون عالماً به ولكنه يعتقد أن البائع سيدرأه عنه، كما إذا كان المبيع مرهوناً في دين وأكد له البائع أنه سيقوم بوفاء هذا الدين ويشطب الرهن [2] . (٢) إذا لم تبلغ خسارة المشتري بسبب الاستحقاق الجزئي هذا القدر من الجسامة المبين في الفرض الأول (٣).

فإذا كانت خسارة المشتري جسيمة بالقدر الذي بسطناه في الفرض الأول ، كان المشتري مخيراً بين رد ما بقي من المبيع بما أفاده منه إلى البائع ومطالبته بالتعويضات التي يستحقها في حالة الاستحقاق الكلي ، أو استبقاء المبيع مع المطالبة بالتعويض عما أصابه من الخسارة بسبب الاستحقاق الجزئي . فاذا اختار رد ما بقي من المبيع والمطالبة بالتعويضات المقررة في حالة الاستحقاق الكلي، فان ذلك يبدو طبيعياً إذ المفروض أن المشتري ما كان ليتم البيع لو عرف الخسارة التي تلحقه بسبب الاستحقاق الجزئي . ولكن حتى في هذا الفرض لا يزال ضمان الاستحقاق محتفظاً بصفته الخاصة . ذلك أن القواعد العامة كانت تقضي بأن المشتري في هذا الفرض كان يطلب فسخ البيع فيرد ما بقي من المبيع ويسترد الثمن مع التعويضات إن كان لها مقتض . ولكن النص يقضي ببقاء البيع لا بفسخه، ويقيم التعويضات التي يستحقها المشتري على أساس هذا البيع ، فهو بعد أن رد بقية المبيع بما

---

(١) استئناف مختلط ٢٧ فبراير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٠٠ – ٢٤ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٢٨ – ٩ يونيه سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤٢٧ – ٢٥ نوفمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٣١ .

(٢) فإذا لم يقم البائع بوفاء الدين ، وترتب على ذلك أن نزع الدائن المرتهن ملكية جزء من المبيع في مقابل الدين ، وجب في هذه الحالة أن نتبين هل لو علم المشتري بأن هذا الجزء من المبيع ستنزع ملكيته أكان يقدم على الشراء بالرغم من ذلك ؟ فإن كان لا يقدم على الشراء ، كنا في نطاق الفرض الأول .

(٣) فاستحقاق ٢١ قيراطاً في أرض مساحتها ٢١ فداناً لا يعد استحقاقاً جسيما (استئناف مختلط ٢٤ مارس سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٢١٢) . وكذلك ظهور حق حكر على الأرض المبيعة ليس من شأنه أن يمنع الشراء (استئناف مختلط أول مارس سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٨٤) . وكذلك شراء أرض لتقسيمها وبيعها مجزأة . فاستحق جزء منها ، إذا لم يفت على المشتري غرضه (استئناف مختلط أول أبريل سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٥٧) .

أفاده منه يعتبر في حكم من استحق منه المبيع استحقاقاً كلياً ، فكان من الطبيعي أن يتقاضى من البائع كل التعويضات المقررة في الاستحقاق الكلي . ومن ثم يسترد المشترى من البائع قيمة المبيع وقت الاستحقاق مع الفوائد القانونية ، والثمار التي ردها للمستحق ، والمصروفات النافعة والكمالية على التفصيل الذى أسلفناه ، ومصروفات دعوى الاستحقاق ودعوى الضمان، وكل ما لحقه من خسارة أو فاته من ربح على الوجه الذى بيناه فيما تقدم. ويبدو أن المشترى إذا كان يرد بقية المبيع وما أفاده منه إلى البائع في هذه الحالة ، فليس يرد ذلك بناء على أن عقد البيع قد فسخ ، فقد قدمنا أن البيع باق وبموجبه استحق المشترى التعويضات المقررة في الاستحقاق الكلي ، ولكن على أساس أن المشترى لا يستطيع أن يأخذ من البائع هذه التعويضات إلا بعد أن يستنزل منها ما أفاده من المبيع ، فوجد المشرع أن الأوفق أن يأخذ المشترى التعويضات ويرد بقية المبيع وما أفاده منه ، فيصل بذلك من طريق سهل إلى نفس النتيجة (١). أما إذا اختار المشترى استبقاء المبيع في يده ، فانه يرجع على البائع بالتعويض عما أصابه من خسارة وعما فاته من كسب ، بشرط أن يكون ذلك متوقعاً لأننا في صدد مسئولية عقدية لا مسئولية تقصيرية ، وهذا ما لم يكن الاستحقاق الجزئي قد وقع بغش من البائع أو خطأ جسيم منه فيأخذ المشترى تعويضاً حتى عن الضرر غير المتوقع(٢) .

وإذا كانت خسارة المشترى بسبب الاستحقاق الجزئي ليست جسيمة بالقدر الذى لو علمه لما أتم البيع ، لم يكن أمامه في هذه الحالة إلا أن يرجع على البائع بالتعويض عن

(١) قارن مع ذلك ما ورد بالمذكرة الإيضاحية في العبارة الآتية : أما إذا كان الاستحقاق غير جسيم، فليس للمشترى أن يطلب الفسخ ، ولا يكون له إلا المطالبة بالتعويض طبقاً لما تقدم (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٠١) فهذه العبارة تفرض أنه إذا كان الاستحقاق جسيما، فالذى يفعله المشترى هو فسخ البيع . ولكن يبدو أن الأفضل من الناحية الفنية عدم القول بفسخ البيع في حالة الاستحقاق الجسيم ، وإلا لم يكن مفهوماً كيف يأخذ المشترى التعويضات المقررة في الاستحقاق الكلي – وهي تفترض حتما أن البيع باق – مع القول بفسخ البيع (أنظر الأستاذ محمد على أمام فقرة ٣٦٨ – الأستاذ عبدالمنعم البدراوى ص ٤٨٦ – الأستاذ منصور مصطفى منصور ص ١٨١ – ١٨٢) .

(٢) وقد كان التقنين المدنى السابق (م ٣١٢/٣٨٩) يقضى ، إذا استبقى المشترى المبيع في حالة الاستحقاق الجزئي، بأن يكون التعويض هو جزء من الثمن يتناسب مع قيمة الجزء من المبيع الذى انتزعت ملكيته منسوبة إلى القيمة الحقيقية للمبيع وقت الاستحقاق ، فاذا كان المستحق حق ارتفاق قدرت التعويضات طبقاً للقواعد العامة . ولم يساير التقنين المدنى الجديد التقنين المدنى السابق في ذلك، بل جعل تقدير التعويض طبقاً للقواعد العامة في جميع الأحوال . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : «وقد تجنب المشروع أن يجعل التعويض بسبب الاستحقاق الجزئي هو دائماً قيمة الجزء الذى انتزعت ملكيته بالنسبة للقيمة الحقيقية للمبيع وقت الاستحقاق كما فعلت المادة ٢١٢/٣٨٦ من التقنين الحالى (السابق) (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٠٢)».

الضرر الذى أصابه بسبب الاستحقاق الجزئي (١) ، وذلك طبقا للقواعد العامة على النحو الذى أسلفناه فيما تقدم ، ولا يجوز في هذا الفرض للمشترى أن يرد بقية المبيع وما أفاده منه على أن يأخذ التعويضات المقررة في الاستحقاق الكلي ، فان هذه الرخصة مقصورة على الفرض الأول .

٣٥٤ – رد البائع ماأداه المشترى للمعترض – النصوص القانونية – تنص المادة ٤٤٢ من التقنين المدنى على ما يأتى :

«إذا توقى المشترى استحقاق المبيع كله أو بعضه بدفع مبلغ من النقود أو بأداء شئ آخر، كان للبائع أن يتخلص من نتائج الضمان بأن يرد للمشترى المبلغ الذى دفع أو قيمة ما أداه مع الفوائد القانونية وجميع المصروفات» (٢) .

(١) فإذا كان الاستحقاق الجزئي من شأنه أن يزيد في قيمة الجزء الباقي من المبيع ، كان هذا محل اعتبار في تقدير التعويض عن الضرر الذى أصاب المشترى، فينقص من التعويض بقدر هذه الزيادة . وهذا بخلاف التقنين المدنى السابق الذى كان يقضى برد جزء من الثمن يتناسب مع الجزء المستحق ، فلا تكون الزيادة في قيمة الباقي من المبيع محل اعتبار عند تقدير التعويض (استئناف مختلط ٣٢ ديسمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٣٨ : نزعت ملكية جزء من المبيع لشق شوارع حسنت من الباقي من المبيع، فقضى برد جزء مناسب من الثمن ، أما التحسين فلم يمنع إلا من إعطاء تعويض آخر إذا لا ضرر يستحق من أجله التعويض) .

(٢) **تاريخ النص** : ورد هذا النص في المادة ٥٨٨ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد، وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٤٥٥ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٤٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٩١ – ص ٩٢).

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدنى السابق ، ولما كان نصاً يقرر حق استرداد ، فانه لم يكن من الجائز الأخذ بحكمه في عهد التقنين المدنى السابق . ومن ثم لا يجوز العمل بنص التقنين المدنى الجديد إلا إذا كان الاتفاق الذى يبرمه المشترى مع المتعرض ليتوقى استحقاق المبيع – وهو السبب القانونى لاستعمال حق الاسترداد – غير سابق على يوم ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى . **التقنين المدنى السورى** م ٤١٠ (مطابقة للمادة ٤٤٢ مصرى). وانظر في القانون المدنى السورى الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ١٧٠ – فقرة ١٧٢).

التقنين المدنى الليبى م ٤٣١ (مطابقة للمادة ٤٤٢ مصرى).

التقنين المدنى العراقى م ٥٥٢ : إذا أثبت المستحق الاستحقاق وحكم له ، ثم اتفق مع المشترى على ترك المبيع بعوض ، يعتبر هذا شراء للمبيع من المستحق ، وللمشترى أن يرجع على بائعه بالضمان.

(وهذا الحكم يتفق مع القواعد العامة المطبقة في القانون المدنى المصرى ، ولكنه لا يقرر حق الاسترداد كما قررته المادة ٤٤٢ مصرى . ففى القانون العراقى المفروض أن المستحق ثبت حقه في البيع وحكم له به، ثم اشتراه منه المشترى ، فيرجع المشترى في هذه الحالة على البائع بضمان الاستحقاق كاملا . أما في القانون المصرى فالمفروض أن المشترى توقى أن يحكم للمستحق بحقه بأن أدى له شيئاً في مقابل هذا الحق، فيجوز في هذه الحالة للبائع أن يتخلص من ضمان الاستحقاق بأن =

وهذا الفرض الذى يعرض له النص شامل لحالتى الاستحقاق الكلى والاستحقاق الجزئى، وييسر على البائع أمر ضمان الاستحقاق فى الحالتين . والمفروض هنا أن المشترى توقى الحكم باستحقاق المبيع استحقاقاً كلياً أو استحقاقاً جزئياً ، وذلك بأن اتفق مع المتعرض على ذلك فى مقابل مبلغ من النقود أو فى مقابل شئ آخر يؤديه له . فيثبت القانون عندئذ للبائع نوعاً من الاسترداد (retrait) يستطيع بموجبه أن يكفى نفسه نتائج الضمان ومؤونة التعويضات التى بيناها فى حالتى الاستحقاق الكلى والاستحقاق الجزئى ، بأن يرد للمشترى ما أداه للمتعرض مع الفوائد القانونية وجميع المصروفات ، فيتخلص بذلك من ضمان الاستحقاق . وليس للمشترى أن يشكو ، فقد استطاع أن يستبقى المبيع سالماً من الاستحقاق فى مقابل ما أداه للمتعرض ، فاذا استرد من البائع قيمة هذا المال، فانه يكون بذلك قد استبقى المبيع واسترد خسارته ، فلم ينله أى ضرر . وهذا الضرب من الاسترداد نادر، وليس له نظير فى التقنين المدنى إلا فى حالات ثلاث : الشفعة واسترداد الحصة الشائعة واسترداد الحق المتنازع فيه [1] .

ونرى مما قدمناه أنه حتى يكون للبائع حق الاسترداد على النحو الذى أسلفناه يجب أن يتفق المشترى مع المتعرض على تفادى استحقاق المبيع استحقاقاً كلياً أو جزئياً بأن يدفع المشترى للمتعرض مبلغاً من المال فى مقابل نزول المتعرض عن إدعائه وترك المبيع فى يد المشترى سليماً من أى استحقاق . وهذا الاتفاق يقع غالباً عند رفع المتعرض دعوى الاستحقاق على المشترى ، سواء تدخل البائع فى الدعوى أو لم يتدخل . وقد يقع دون أن ترفع دعوى الاستحقاق ، بأن يتبين المشترى جدية ادعاء المتعرض فيتفق معه على الوجه المتقدم توقياً للاستحقاق وتفادياً من رفع دعوى به وما يجر ذلك من إجراءات ومصروفات. والاتفاق الذى يتم بين المشترى والمتعرض يكون فى الغالب صلحاً ، فيتصالحان على أن يعطى المشترى مبلغاً من النقود فى نظير أن ينزل المتعرض عن ادعائه ، وعند ذلك يخلص المبيع للمشترى خالياً من النزاع . ولكن هذا الصلح يعتبر بالنسبة إلى البائع استحقاقاً

= يرد للمشترى ما أداه للمستحق . ولا يجوز تطبيق هذا الحكم الأخير فى العراق ما دام لا يوجد نص بهذا المعنى فى التقنين العراقى – قارن الأستاذ حسن الذنون فقرة ٢٩٦ والأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٤٥٧ ص ١٩٧ هامش ٢) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٤٤٠ : إذا تخلص المشترى من الاستحقاق بدفع مبلغاً من المال، فللبائع أن يتخلص من نتائج الضمان برده ذلك المبلغ إلى المشترى مع الفوائد وجميع النفقات . (وهذا الحكم يتفق مع حكم التقنين المصرى) .

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٩٢ .

للمبيع ، فيجب عليه الضمان [1]، وأن كان يستطيع التخلص منه – أى استرداد ما كان يجب أن يدفعه للمشترى من تعويضات بسبب ضمان الاستحقاق – فى مقابل أن يرد للمشترى المبلغ الذى دفعه المشترى للمتعرض وفوائده القانونية (٤٪ فى المسائل المدنية و٥٪ فى المسائل التجارية) من يوم أن دفع المشترى المبلغ للمتعرض، وكذلك مصروفات الصلح الذى تم بين المشترى والمتعرض . فيتفادى البائع بذلك أن يدفع للمشترى التعويضات المقررة فى الاستحقاق الكلى أو الاستحقاق الجزئى ، وهذا هو معنى الاسترداد . وغنى عن البيان أن البائع لا يختار استعمال حق الاسترداد إلا إذا وجد أن المبلغ الذى سيرده للمشترى أقل من التعويضات التى كان يدفعها له بسبب ضمان الاستحقاق ، وبفرض أن حق المتعرض لا يستطيع البائع أن يدفعه . فالبائع إذن حر فى أن يستعمل حق الاسترداد وفى ألا يستعمله، وهو لا يستعمله فى حالتين : (١) إذا كان يستطيع دفع ادعاء المتعرض ، ويعتقد أن المشترى قد تسرع فى الصلح معه، وقد قدمنا أنه فى هذه الحالة لا يكون مسئولا عن الضمان إذا أثبت أن المتعرض لا حق له فى دعواه . (٢) إذا كانت التعويضات الواجبة عليه بسبب ضمان الاستحقاق لا تزيد على المبلغ الواجب رده للمشترى بموجب استعمال حق الاسترداد .

وقد يكون الاتفاق الذى يتم بين المشترى والمتعرض صلحاً لا يدفع فيه المشترى للمتعرض مبلغاً من النقود . فقد يكون المستحق حق ارتفاق للمبيع ينكره المعترض فيتفق معه المشترى على ان يكف عن أنكاره فى نظير ترتيب حق ارتفاق مقابل لعقار المتعرض على المبيع . وفى هذه الحالة لا يتخلص البائع من نتائج الضمان باستعمال حق الاسترداد ، إلا إذا دفع للمشترى قيمة حق الارتفاق الجديد الذى أنشئ على المبيع العقار المتعرض والفوائد القانونية لهذه القيمة من وقت إنشاء حق الارتفاق ومصروفات الصلح .

وقد يكون الاتفاق الذى يتم بين المشترى والمتعرض وفاء بمقابل ، كأن يكون المبيع مرهوناً فى دين ، فيتفق المشترى مع الدائن المرتهن على أن يدفع له مقابل لهذا الدين سيارة مثلا . وفى هذه الحالة لا يتخلص البائع من التزامه بالضمان باستعمال حق الاسترداد إلا إذا دفع للمشترى قيمة هذه السيارة وقت تسليمها للدائن والفوائد القانونية لهذه القيمة من قت

(1) أ – اذا اختار المشترى – وفقا لأحكام المادة ٤٤٤ من القانون المدنى – استبقاء المبيع فان لا يكون له إلا أن يطالب البائع بالفرق بين قيمة المبيع سليما وقيمته معيبا ومصروفات دعوى الضمان التى اخطره البائع إليها وبوجه عام عما لحقه من خسارة وما فاته من كسب بسبب العيب .

(جلسة ١٩٦٧/١/٢٦ مجموعة أحكام النقض السنة ١٨ ص ٢٦٤)

ب – التزام البائع بضمان الاستحقاق . قبوله للتعديل باتفاق المتعاقدين سواء على توسيع نطاقه أو تضيق مداه أو الابراء منه ، والاتفاق على إنقاص ضمان الاستحقاق أو أسقاطه . شرط حجته ألا يكون الاستحقاق ناشئاً عن فعل البائع وعدم تعمده أخفاء حق الأجنبى عليه.

(جلسة ١٩٩٩/٥/٣٠ الطعن ٩٠١ لسنة ٥٨ ق).

التسليم ومصروفات الاتفاق الذى تم بين المشترى والمتعرض [1] .

ويبدو أنه إذا تم للبائع التخلص من نتائج الضمان باستعمال حق الاسترداد على الوجه السالف الذكر ، فان عقد البيع الأصلي يبقى قائماً بينه وبين المشترى . وهذا العقد هو الذى يحدد العلاقة فيما بينهما ، إلا فيما يتعلق بضمان الاستحقاق فقد توقاه البائع باستعمال حق الاسترداد كما سبق القول . ويترتب على ذلك أن المشترى يعتبر متلقياً ملكية المبيع من البائع لا من المتعرض ويبقى البائع ملتزماً نحو المشترى بسائر التزامات البائع، فلو ظهر في المبيع مثلا عيب خفى رجع المشترى على البائع بضمان هذا العيب .

والمفروض فى استعمال البائع لحق الاسترداد على النحو الذى قدمناه أن يكون المشترى قد اتفق مع المتعرض ، وتوقى باتفاقه هذا استحقاق المبيع . أما إذا ترك المشترى المتعرض يسير فى دعوى الاستحقاق دون أن يتفق معه ، وحكم للمتعرض بالاستحقاق الكلى مثلا فاسترد المبيع من تحت يد المشترى ، ثم اتفق المشترى بعد ذلك مع المستحق على أن يعيد إليه المبيع بعقد جديد ، بيع أو مقايضة أو غير ذلك ، فان ضمان الاستحقاق يكون واجباً على البائع الأصلي ، ولا يستطيع هذا أن يتوقاه بأن يدفع للمشترى الثمن الذى دفعه هذا المستحق في البيع الجديد أو قيمة العين التى قايض بها المشترى المستحق على المبيع. فضمان الاستحقاق يبقى فى ذمة البائع ، وتسرى عليه الأحكام التى بسطناها فيما تقدم ، وعلاقة المشترى بالمستحق يحكمها العقد الجديد الذى تم بينهما والذى بموجبه أعاد المستحق للمشترى الشئ المبيع ، وليس فى هذا إلا تطبيق للقواعد العامة[2] .

---

(1) ونرى من ذلك أن حق الاسترداد بالتفصيلات التى قدمناها قد أعطاه القانون للبائع تيسيراً عليه للتخلص من ضمان الاستحقاق . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا المعنى : «أما التيسير على البائع فيتحقق فى أنه لو ظهر أن الأجنبى على حق فى دعواه ، وكان المشترى قد توقى استحقاق المبيع كله أو بعضه باتفاق مع المستحق على أن يدفع له بدل المبيع مبلغاً من النقود أو أى شئ آخر صلحاً كان ذلك أو وفاء بمقابل ، وسواء تم ذلك قبل رفع دعوى الاستحقاق أو بعد رفعها، وسواء تدخل البائع فى هذه الدعوى عند رفعها أو لم يتدخل ، فان البائع أن يتخلص من ضمان الاستحقاق بأن يرد للمشترى ما يعوضه تماماً عما دفعه للمستحق : المبلغ الذى دفعه أو قيمة ما أداه مع الفوائد القانونية وجميع المصروفات . وهذا حكم وجه العدالة فيه ظاهر ، ووهو مثل من الأمثلة النادرة فى القانون على حق الاسترداد : انظر مثلين آخرين فى استرداد الحصة الشائعة وفى استرداد الحق المتنازع فيه» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٩١ – ص ٩٢).

(2) وتقول المذكرة الإيضاحية في هذا الصدد : «ويلاحظ أن هذا الحكم لا يطبق إلا إذا كان المشترى قد توقى استحقاق المبيع باتفاقه مع المستحق . أما إذا لم يتوق هذا الاستحقاق ، وقضى للمستحق [illegible] يجب الرجوع إلى القواعد العامة، وهى تتفق مع ما نص عليه كتاب مرشد الحيران – م ٥٠٦ [illegible] «لو أثبت المستحق الاستحقاق ، وقضى له ، ثم دفع المشترى إليه شيئاً وأمسك المبيع، يكون هذا شراء للمبيع من المستحق ،وله أن يرجع على بائعه بالثمن » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٩٤ [illegible]) المادة ٥٥٢ من التقنين المدنى العراقى آنفاً فى نفس الفقرة فى الهامش) .

٣ – الاتفاق على تعديل أحكام ضمان التعرض الصادر من الغير

٣٥٥ – زيادة الضمـان أو انقاصه أو اسقاطه – النصوص القانونية : تنص المادة ٤٤٥ من التقنين المدنى على ما يأتى :

«١ – يجوز للمتعاقدين باتفاق خاص أن يزيدا ضمان الاستحقاق ، أو أن ينقصا منه، أو يسقطا هذا الضمان» .

«٢ – ويفترض في حق الارتفاق أن البائع قد اشترط عدم الضمان إذا كان هذا الحق ظاهراً ، أو كان البائع قد أبان عنه للمشترى» .

«٣ – ويقع باطلا كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه إذا كان البائع قد تعمد إخفاء حق الأجنبى» .

وتنص المادة ٤٤٦ على ما يأتى :

«١– إذا اتفق على عدم الضمان ، بقى البائع مع ذلك مسئولا عن أى استحقاق ينشأ من فعله ، ويقع باطلا كل اتفاق يقضى بغير ذلك» .

«٢ – أما إذا كان استحقاق المبيع قد نشأ من فعل الغير ، فان البائع يكون مسئولا عن رد قيمة المبيع وقت الاستحقاق ، إلا إذا أثبت أن المشترى كان يعلم وقت البيع سبب الاستحقاق ، أو أنه اشترى ساقط الخيار» [1] .

وتقابل هذه النصوص فى التقنين المدنى السابق المواد ٣٧٥/٣٠١ ، ٣٧٧/٣٠٣ [2] .

---

(1) **تاريخ النصوص** :

م ٤٤٥ : ورد هذا النص فى المادة ٥٩١ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق مع ما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا أن نص المشروع التمهيدى كان يدمج الفقرات الثلاث فى فقرتين اثنتين . وفى لجنة المراجعة قسمت الفقرة الأولى إلى فقرتين لتمييز الحكمين كل منهما عن الآخر، أصبح النص يشتمل على فقرات ثلاث مطابقاً بذلك لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد، وأصبح رقمه ٤٥٨ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٤٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٠٣ – ص ١٠٤).

م ٤٤٦ : ورد هذا النص فى المادة ٥٩٢ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق مع ما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد، فيما عدا أن نص المشروع التمهيدى كان لا يشتمل فى الفقرة الثانية على «عبارة الاستحقاق» ، فأضيفت هذه العبارة فى لجنة المراجعة ، وأصبح النص رقمه ٤٥٩ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٤٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٠٥ و ص ١٠٧) .

(2) **التقنين المدنى السابق** م ٣٧٥/٣٠١ : يجوز للبائع أن يشترط عدم ضمانه للمبيع ، إنما إذا كان هذا الاشتراط حاصلا بألفاظ عامة وصار نزع الملكية من المشترى ، فلا يلزم البائع إلا برد الثمن دون التضمينات .

=

وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدنى السورى المادتين ٤١٣ - ٤١٤ - وفى التقنين المدنى الليبى المادتين ٤٣٤ - ٤٣٥ - وفى التقنين المدنى العراقى المادتين ٥٥٦ - ٥٧٧ - وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المواد ٤٣٠ - ٤٣٢ و ٤٣٩(١) .

= م ٣٧٦/٣٠٢ : لا تبطل ملزومية البائع المشترط عدم الضمان برد الثمن إلا ليت علم المشترى وقت البيع بالسبب الموجب لنزع الملكية أو اعترافه بأنه اشترى المبيع ساقط الخيار ولا ضمان على البائع في جميع الأحوال .

م ٣٧٧/٣٠٣ : شرط عدم الضمان باطل إذا كان حق المدعى في استحقاق المبيع ناشئا عن فعل البائع .

(والأحكام واحدة في التقنين الجديد والسابق : ولكن نصوص التقنين الجديد أوفى وأكثر شمولا للحالات المختلفة : المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٠٧) .

(١) **التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدنى السورى** م ٤١٣ (متفقة مع المادة ٤٤٥ مصرى، فيما عدا أن النص السورى قد أغفل الفقرة الثانية من نص التقنين المصرى، فلا يكفى إذن فى التقنين السورى أن يكون حق الارتفاق ظاهراً أو أ البائع قد ابان عنه للمشترى حق لا يضمنه البائع بل يجب اشتراط عدم الضمان) .

م ٤١٤ (مطابقة للمادة ٤٤٦ مصرى) .

وانظر في القانون المدنى السورى الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ١٧٣ - فقرة ١٨٠ .

التقنين المدنى الليبى م ٤٣٤ - ٤٣٥ (مطابقتان للمادتين ٤٤٥ - ٤٤٦ مصرى) .

التقنين المدنى العراقى م ٥٥٦ (مطابقة للمادة ٤٤٥ مصرى) .

م ٥٥٧ : ١ - إذا اتفق على عدم الضمان ، بقى البائع مع ذلك مسئولا عن أى استحقاق ينشأ عن فعله، ويقع باطلا كل اتفاق يقضى بغير ذلك . ٢ - أما إذا كان استحقاق المبيع قد نشأ من فعل الغير، فإن البائع يكون مسئولا عن رد الثمن فقط . (وهذا الحكم يخالف نص التقنين المصرى فى أن البائع - عند الاتفاق على عدم ضمان تعرض الغير - يكون مسئولا فى التقنين المصرى عن قيمة المبيع وقت الاستحقاق، وفى التقنين العراقى عن رد الثمن . ولم يرد فى التقنين العراقى العبارة الأخيرة الواردة فى نص التقنين المصرى «إلا إذا أثبت أن المشترى كان يعلم وقت البيع سبب الاستحقاق أو أنه اشترى ساقط الخيار» . ويبدو أنه يمكن تطبيق هذا الحكم فى العراق لاتفاقه مع القواعد العامة - أنظر فى القانون المدنى العراقى الأستاذ حسن الذنون فقرة ٢١٩ - فقرة ٢٢٥) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٤٣٠ : يحق للمتعاقدين بمقتضى اتفاق خاص أن يزيدوا أو ينقصوا مفعول هذا الموجب القانونى ، كما يحق لهم أن يتفقوا على عدم إلزام البائع بضمان ما .

م ٤٣١ : إن البائع ، وان اشترط عدم إلزامه بضمان ما ، يبقى ملزماً عند تمام الاستحقاق ، برد الثمن، إلا إذا كان المشترى قد عقد الشراء وأخذ على نفسه ما يمكن وقوعه من المضار والمخاطر . أنظر أيضا المادة ٤٣٩ آنفاً فقرة ٣٥٣ فى الهامش .

(والأحكام واحدة فى التقنين اللبنانى والمصرى ، إلا أن التقنين اللبنانى والمصرى أكثر تفصيلا) .

ونرى من هذه النصوص أن أحكام الضمان التى قدمناها ليست من النظام العام، فيجوز الاتفاق على تعديلها . والاتفاق على تعديل أحكام ضمان التعرض الصادر من الغير - كالاتفاق على تعديل أحكام ضمان التعرض الصادر من البائع - قد يكون اتفاقاً على زيادة هذا الضمان أو اتفاقاً على أنقاصه ، أو اتفاقاً على إسقاطه .

ويجب فى جميع الأحوال أن يكون الاتفاق واضحاً فى أن إرادة المتبايعين قد انصرفت إلى تعديل أحكام الضمان ، فلا يساق فى عبارات عامة غامضة يذكر فيها المتعاقدان أن البائع يضمن للمشترى جميع أنواع التعرض القانونى والفعلى، أو أن البائع يضمن للمشترى جميع أنواع التعرض والاستحقاق والرهون والتصرفات السابقة على البيع، أو نحو ذلك . فمثل هذه العبارات لا تعدل شيئاً فى أحكام الضمان التى سبق بسطها ، وإنما هى ترديد للقواعد العامة فى هذا الشأن فى وضع يريد المتعاقدان به إبراز التزام البائع بالضمان وتأكيد هذا الالتزام ولكن دون إدخال أى تعديل فى أحكامه (١)(1). ويراعى أيضاً أن

(١) أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٥ هامش ٤٢ - بودرى وسينيا فقرة ٣٩٣ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٢١ - وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا لم يذكر فى عقد البيع التزامات صريحة خاصة بالضمان، فإن القانون يفرض أن المتعاقدين أرادا ما بينه فى مواده . ولهذا يجب على من يريد مخالفة ما فرضه القانون من الضمان - إذا هو أراد تشديد الضمان على البائع - أن يبين فى العقد الشرط الذى يفهم منه صراحة تشديد الضمان ومخالفة ما نص عليه القانون - أما اشتمال العقد على ما قرره القانون بعبارات عامة ، فإنه لا يدل على أن البائع تعهد بضمان أشد مما فرضه القانون . ويكون من المتعين فى هذه الحالة تطبيق الضمان القانونى دون زيادة عليه ، لأنه فى حالة الاشتباه يكون التفسير بما فيه الفائدة للمتعهد (نقض مدنى ٣ مارس سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٤٠ ص ٧٦) . وأنظر أيضاً استئناف مصر ١٦ فبراير سنة ١٩٤١ المجموعة الرسمية ٤٢ رقم ١٧٠ - استئناف مختلط ١١ فبراير سنة ١٩٠٩م ٢١ ص ٢٢٨ - ٢٦ يناير سنة ١٩١١ م ١٣ ص ١٣٩ .

(1) أ - أنه إذا كان الحكم المطعون فيه انما اعمل فى قضائه بالتعويض ما اتفق عليه العاقدان فى عقد البيع، وما ورد فيه عن ضمان المتضامن مع البائع ، وكان يجوز للمشترى الاتفاق على ان يعوضه البائع فى حالة حصوله تعرض له فى انتفاعه بالبيع ، كما يحق للمتعاقدين ان يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليه فى العقد فان الحكم لا يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون .

(جلسة ١٩٧٢/٥/١٦ الطعن ٣٤١ لسنة ٣٧ ق س ٢٣ ص ٩٣٣)

ب - إذا كان الأصل أنه لا يجوز للمشترى عند حصول تعرض له فى الانتفاع بالمبيع أو عند استحقاق هذا المبيع أن يرجع على البائع بالتعويضات اذا كان المشترى يعلم وقت البيع بسبب التعرض أو الاستحقاق إلا أن التزام البائع القانونى بالضمان يقبل التعديل باتفاق العاقدين سواء على توسيع نطاقه أو تضييق مداه أو الابراء منه بحسب الغرض الذى يقصدانه من اتفاقهما ، وأنه وان كان اشتراط الضمان فى عقد البيع بألفاظ عامة ويعتبر تعديلا فى الاحكام التى وضعها القانون لهذا الالتزام ، إلا أن إذا كان المشترى والبائع كلاهما عالمين وقت التعاقد بسبب التعرض أو الاستحقاق فانه فى هذه الحالة يدل النص على شرط الضمان فى العقد - وهو أصلا لا حاجة إليه - على أن الغرض منه هو تأمين المشترى من الخطر الذى يهدده تأمينا لا يكون إلا بالتزام البائع بالتضمينات

الاتفاق على إسقاط الضمان أو على أنقاصه يجب عدم التوسع فى تفسيره ، فان المشترى بهذا الاتفاق ينزل عن حق له أو بعض حق والنزول عن الحق يفسر تفسيراً ضيقاً طبقا للقواعد العامة.

٣٥٦ – الاتفاق على زيادة الضمان : هذا الاتفاق لا يقع كثيراً فى العمل، فان القواعد العامة فى أحكام الضمان ، كما رأينا ، تضمن عادة للمشترى كل تعرض من الغير، وتكفل له تعويضاً كافياً يزيد فى كثير من الأحيان على التعويض الذى يخوله إياه دعوى الفسخ أو دعوى الإبطال على النحو الذى قدمناه .

على أن المشترى قد يزيد فى الاحتياط ، فيشترط على البائع ضمان أعمال هى فى الأصل ليست داخلة فى الأحكام العامة للضمان ، أو زيادة فى التعويض الذى يستحقه بموجب هذه الأحكام. مثل ضمان أعمال ليست داخله فى الأصل فى الأحكام العامة للضمان أن يشترط المشترى على البائع أن يرجع عليه بالضمان إذا نزعت ملكية المبيع بعد البيع للمنفعة العامة[١] ، فنزع الملكية للمنفعة العامة بعد البيع لا يدخل فى الأعمال التى يضمنها البائع طبقاً للأحكام العامة فى الضمان ، فزاد المشترى ضمان البائع بهذا الاتفاق. وقد لا يزيد المشترى فى الأعمال التى يضمنها البائع ، ولكنه يعدل فى شروطها بما تترتب عليه زيادة الضمان ، كأن يشترط الرجوع بجميع المصروفات الكمالية ولو كان البائع حسن النية ، والأصل أنه لا يرجع بالمصروفات الكمالية إلا إذا كان البائع سيئ النية [٢] . ومثل التعديل فى الشروط أيضاً أن يحتفظ المشترى لنفسه بالحق ، عند الاستحقاق الجزئى، فى رد المبيع وأخذ تعويضات كاملة ولو كان الاستحقاق الجزئى غير جسيم ، والأصل كما رأينا أنه لا يجوز ذلك إلا إذا كان الاستحقاق الجزئى جسيما بالقدر الذى لو علم به المشترى لما أتم البيع. ومثل التعديل فى الشروط أخيراً أن يشترط المشترى الرجوع على البائع بضمان الاستحقاق ولو قبل وقوع التعرض فعلا متى علم المشترى بسبب الاستحقاق ، والأصل كما قدمنا أن ضمان الاستحقاق لا يقوم إلا إذا وقع التعرض فعلا[٣] . ومثل زيادة الضمان عن

= علاوة على رد الثمن فى حال استحقاق المبيع . = = (جلسة ١٩٦٤/٧/٧ مجموعة أحكام النقض السنة ١٥ ص ٩٤٠)

جـ – لا يلزم لسقوط حق الضمان عن البائع استعمال ألفاظ معينة أو التعبير بعبارة ساقط الخيار، وانما يكفى أن يكون واضحا من صياغة الشرط الاعفاء من ضمان الاستحقاق مع تحقق شروطه القانونية.
(جلسة ١٩٩٩/٥/٣٠ الطعن ٩٠١ لسنة ٦٨ ق)

(١) بيدان ١١ فقرة ٢٢٦ – ويحسن أن تحدد المدة التى إذا نزعت ملكية المبيع للمنفعة العامة فى خلالها وجب الضمان ، وذلك حتى يكون الضمان محدداً فيسهل إعماله (بودرى وسينيا فقرة ٣٩٩).

(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٠٦ .

(٣) أنسيكلوبيدى داللوز ٥ لفظ vente فقرة ١٣٧٠.

طريق زيادة التعويض أن يشترط المشترى ، عند استحقاق المبيع استحقاقاً كلياً، استرداد أعلى القيمتين قيمة المبيع وقت الاستحقاق أو الثمن ، والأصل كما قدمنا أنه لا يسترد إلا قيمة المبيع وقت الاستحقاق ولو نقصت هذه القيمة عن الثمن .

٣٥٧ – الاتفاق على انقاص الضمان : وهذا الاتفاق ، بخلاف لاتفاق على زيادة الضمان ، يقع كثيراً فى العمل . ويتناول هو أيضاً إما الأعمال الموجبة للضمان فيقلل منها،[١] أو مقدار التعويض المستحق فينقص منه . مثل التقليل من الأعمال الموجبة للضمان أن يشترط البائع على المشترى عدم ضمانه لما عسى أن يظهر على المبيع من حقوق ارتفاق خفية لا يعلم بها البائع ، أو عدم ضمان حقوق ارتفاق للمبيع إذا ظهر فيما بعد أنها غير موجودة ، أو عدم ضمان استحقاق المبيع فى حالة ما إذا كان هذا الاستحقاق مترتباً على إبطال سند ملكية البائع لعيب معين فيه . ومثل إنقاص مقدار التعويض أن يشترط البائع على المشترى ، عند الاستحقاق الكلى، ألا يرجع عليه إلا بالثمن ولو نقص عن قيمة المبيع وقت الاستحقاق [٢]، أو ألا يرجع عليه بالمصروفات أصلا ولو كانت نافعة ولم يستردها المشترى من المستحق كاملة ، أو إلا يرجع عليه بتعويض أصلا فلا يسترد إلا الثمن أولا يسترد إلا قيمة المبيع وقت الاستحقاق .

وتقول الفقرة الثالثة من المادة ٤٤٥ مدنى كما رأينا : «ويقع باطلا كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه إذا كان البائع قد تعمد إخفاء حق الأجنبى» . فاذا كان البائع ، وهو يشترط إنقاص الضمان فى خصوص حق معين قد يظهر لأجنبى على العين المبيعة، يعلم بوجود هذا الحق فعلا وقت البيع ويكتمه عن المشترى ، فإنه يكون بذلك قد ارتكب غشاً واشترط عدم مسئوليته عنه ، ولا يجوز طبقاً للقواعد العامة اشتراط عدم المسئولية عن الغش حتى لو كانت المسئولية عقدية . فالنص المتقدم إذن ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة، ويكون الاتفاق على إنقاص الضمان باطلا إذا كان البائع قد تعمد أخفاء حق الأجنبى .

على أنه لا يكفى مجرد علم البائع بحق الأجنبى وقت البيع حتى يقال إنه أخفاه عمداً من المشترى ثم اشترط عدم الضمان. فقد يكون البائع عالماً بحق الأجنبى دون أن يخفيه عن المشترى ، بأن يكون المشترى نفسه عالماً بهذا الحق كالبائع ، ورضى باشتراط البائع عدم ضمان هذا الحق ، ففى هذه الحالة لا يكون الشرط باطلا لأن البائع لم يخف عن المشترى شيئاً . بل قد يكون المشترى غير عالم بحق الأجنبى ، ولكن البائع لا يعتبر مع ذلك قد كتم عنه هذا الحق إذا كان يعتقد أن المشترى عالم به عندما اشترط عدم ضمانه إياه. فلا يكون البائع فى هذه الحالة أيضاً قد تعمد أخفاء حق الأجنبى عن المشترى حتى يبطل شرط عدم

---

(١) ويعفى من الضمان إطلاقاً فيما يتعلق بالأعمال التى اتفق على استبعادها (الأستاذ منصور مصطفى منصور ص ١٨٤ هامش ١) .

(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٠٦

الضمان ، ويكون الشرط صحيحاً . أما إذا كان البائع يعلم بحق الأجنبي ، ويعلم في الوقت ذاته أن المشترى لا يعلم بهذا الحق ، ثم اشترط البائع عدم ضمانه للحق دون أن يخبر المشترى بوجوده ، فانه يكون في هذه الحالة قد تعمد إخفاء حق الأجنبي، ويكون شرط عدم الضمان باطلا ، ويضمن البائع للمشترى الاستحقاق الناشئ من ظهور حق الأجنبي بالرغم من هذا الشرط .

ويلاحظ أنه إذا كان كل من البائع والمشترى عالمين بحق الأجنبي وقت البيع، لم يكن هذا وحده كافياً للقول بأن هناك شرطاً ضمنياً بعد ضمان البائع لهذا الحق ، فقد يكون الاثنان عالمين به ومع ذلك أمل المشترى أن يدفع البائع عنه تعرض الأجنبي بوسيلة أو بأخرى عن طريق حمل الأجنبي على النزول عن حقه . فاذا لم يتحقق أمل المشترى في هذه الحالة، ولم يستطع البائع أن يدفع تعرض الأجنبي ، فاستحق المبيع كله أو بعضه، رجع المشترى بضمان الاستحقاق على البائع بالرغم من أن كلا منهما كان عالماً وقت البيع بسبب الاستحقاق . وليس هذا معناه أنه لا يجوز أن يكون الاتفاق على إنقاص الضمان اتفاقاً ضمنياً ، فالاتفاق الضمني يجوز كالاتفاق الصريح ، وقد يكون علم كل من البائع والمشترى بسبب الاستحقاق وقت البيع اتفاقاً ضمنياً على عدم ضمان هذا السبب ، ولكن يشترط في ذلك أن يقترن هذا العلم بملابسات وظروف تكون قاطعة في استخلاص شرط عدم الضمان ، كأن يراعى وجود حق الأجنبي في تقدير الثمن أو في شروط البيع الأخرى(١) .

والاتفاق على أنقاص الضمان . بخلاف الاتفاق على إسقاط الضمان كما سنرى، يبقى صحيحاً حتى لو كان سبب الاستحقاق آتياً من جهة البائع فيجوز للبائع أن يشترط عدم ضمان الاستحقاق الناشئ من رهن هو الذى رتبه على المبيع قبل البيع ، أو عدم ضمان الاستحقاق الناشئ من إبطال سند ملكيته للمبيع لسبب هو مسئول عنه(٢) . ولكن يبطل

---

(١) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٢٢ ص ١٣٢ – وقد يشترط الضمان في العقد ويكون المتبايعان عالمين وقت التعاقد بسبب الاستحقاق ، ففى هذه الحالة يدل شرط الضمان في العقد – وهو أصلا لا حاجة إليه – على أن الغرض منه هو تأمين المشترى من الخطر الذى يهدده تأميناً لا يكون إلا بالتزام البائع عند الاستحقاق بالتضمينات علاوة على رد الثمن (نقض مدنى أول فبراير سنة ١٩٥١ مجموعة حكام النقض ٢ رقم ٦٥ ص ٢٨١) . وقد يثبت أن المشترى كان يعلم وقت شرائه بالعيب اللاصق بسند البائع ، وأنه أقدم على الشراء مجازفاً وتحت مسئوليته ، فلا يكون له الحق في طلب التضمينات، ولكن يحق له استرداد الثمن إلا إذا اشترى ساقط الخيار (نقض مدنى ٢١ يناير سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٦٥ ص ٤٣٧ – وأنظر أيضا استئناف مختلط ١٦ مارس ١٨٩٩ م ١١ ص ١٦٢ – ١٠ يونيه سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٧٨) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا كان المشترى عالماً بسبب الاستحقاق وقدر المبلغ الذى يسترده بمبلغ معين ، فلا يحق له استرداد هذا المبلغ في حالة الاستحقاق (استئناف مختلط ٧ مايو سنة ١٩٠٧ م ٥ ص ٢٧١).

(٢) بودرى وسينيا فقرة ٤٠٤ – بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٢٣ ص ١٣٣ .

هذا الاتفاق إذا كان سبب الاستحقاق راجعاً إلى غش البائع ، إذ لا يجوز للبائع اشتراط عدم مسئوليته عن غشه . فلا يجوز أن يشترط البائع عدم الضمان للاستحقاق الناشئ من بيعه المبيع مرة أخرى لمشتر ثان يتقدم على الأول بسبقه إلى التسجيل في العقار أو إلى الحيازة في المنقول(١) .

٣٥٨ – خصوصية في حقوق الارتفاق : وكان مقتضى القواعد التى قررناها أن البائع إذا أراد إسقاط ضمانه لحق ارتفاق على المبيع ، وجب أن يشترط عدم الضمان ولا يكفى أن يكون المشترى عالماً بوجود هذا الحق على المبيع . ولكن الفقرة الثانية من المادة ٤٤٥ مدنى أفردت حقوق الارتفاق(٢) بحكم خاص بها في هذا الشأن ، فنصت كما رأينا على ما يأتي: «ويفترض في حق الارتفاق أن البائع قد اشترط عدم الضمان إذا كان هذا الحق ظاهراً . أو كان البائع قد أبان عنه للمشترى»(٣) . فيكفى إذن أن يكون المشترى عالما بحق ارتفاق قائم على المبيع ، ويكون علمه من طريق معين ، حتى يكون هذا العلم بمثابة اشتراط البائع عدم الضمان . وكان الأصل أن هذا العلم وحده لا يكفى ، بل يجب أن يشترط عدم الضمان. ونرى من ذلك أن حقوق الارتفاق تفارق غيرها من الحقوق في هذه الخصوصية من حيث الضمان ، ففى حقوق الارتفاق يكون البائع غير ضامن إما باشتراطه عدم الضمان(٤) وإما

---

(١) أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٥ هامش ٤٥ – بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٢٢ . أما اشتراط إسقاط الضمان أصلا – لا مجرد إنقاصه – عن التعرض الصادر من البائع نفسه ، فقد رأينا أنه غير جائز ، ولو كان الضمان غير ناشئ من غش البائع بل عن فعله فقط (بودرى وسينيا فقرة ٤٠٥).

(٢) ويضيف القانون المدنى الفرنسي إلى حقوق الارتفاق التكاليف كحق الانتفاع وحق المستأجر وكل حق من شأنه أن ينقص الانتفاع بالعين وانما يعرضها لخطر نزع الملكية (بودرى وسينيا فقرة ٣٨٨ – بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٩٨) . ولا يجوز في القانون المصرى التوسع ، فقد قصر النص الاستثناء على حق الارتفاق ، فلا يلحق به في الحكم أى تكليف آخر كحق انتفاع أو حق حكر (الأستاذ عبدالفتاح عبد الباقى فقرة ١٦٠ ص ٢٥٥ – ص ٢٥٦ – عكس ذلك الأستاذ عبدالمنعم البدرارى فقرة ٣٠٠).

(٣) وتحمل هذه الخصوصية طابع التقاليد القديمة في حقوق الارتفاق ، عندما كان القانون الروماني يجعل البائع لا يضمن حقوق الارتفاق لأن التنظيم الاقتصادى للملكية العقارية عند الرومان كان من شأنه أن يجعل المشترى يتوقع دائماً أن يكون على المبيع حقوق ارتفاق . ولم تنتقل هذه التقاليد كاملة ، بل تركت أثرها في جعل حق الارتفاق الظاهر أو الذى أعلم به البائع المشترى لا يضمنه البائع (أنظر آنفا فقرة ٣٢٥) .

(٤) وإذا اشترط البائع إسقاط الضمان إطلاقا ، وكانت هناك حقوق ارتفاق خفية لا يعلم بها المشترى وقت البيع، فإن البائع يبقى ملتزماً بضمان ما كان منها ناشئاً عن فعله ، إلا إذا أبان عنه للمشترى . أما أخفاها عنه ، وكذلك إذا كان يعلم بحقوق ارتفاق غير ناشئة عن فعله وأخفاها عن المشترى (م ٣/٤٤٥ مدنى) ، فإن الاتفاق على إسقاط الضمان يكون باطلا (بودرى وسينيا فقرة ٤١٣) . فلا يبقى إذن إلا حالة ما إذا كان البائع لا يعلم بحق ارتفاق على المبيع وكذلك لا يعلمه المشترى وقت البيع، =

بأن يثبت أن المشترى قد علم بحق الارتفاق لأنه ظاهر أو أبان عنه البائع ، أما فى الحقوق الأخرى فإن البائع يكون غير ضامن باشتراطه عدم الضمان ولا يكفى إثبات علم المشترى بها عن اى طريق [1] .

= فإن اشتراط إسقاط الضمان فى هذه الحالة يعفى البائع من التعويضات ، ولكن لا يعفيه من رد ما نقص من قيمة المبيع وقت الاستحقاق بسبب وجود حق الارتفاق .

أما إذا اشترط البائع عدم ضمان حقوق الارتفاق الخفية فهذا شرط فى إنقاص الضمان لا فى إسقاطه. ومن ثم يصح ، ويصل إلى مدى أبعد من شرط إسقاط الضمان . ذلك أن البائع ، إذا كان يضمن فى هذه الحالة حقوق الارتفاق الناشئة من فعله أو التى يعرفها وأخفاها عن المشترى ، فإنه لا يضمن حقوق ارتفاق لا يعلمها هو ، سواء علمها المشترى أو لم يعلمها . فلا يضمن إذن حق ارتفاق يجهله هو والمشترى، ويعفى فى هذه الحالة حتى من التعويضات ، وهو لا يعفى من التعويضات فى حالة اشتراط إسقاط الضمان (قارب كولان وكابيتان ٢ فقرة ٩١٨).

(١) ويلاحظ أن قيود الملكية – كحقوق الشرب والمجرى والمسيل والمرور – ليست حقوق ارتفاق بالمعنى الصحيح ، فهذه يقررها القانون والمشترى يعرفها أو ينبغى أن يعرفها . فلا يلزم البائع ضمانها للمشترى، سواء كانت ظاهرة أو غير ظاهرة ، وسواء أثبت البائع أن المشترى يعرفها أو لم يثبت ، وحتى لو ضمن البائع خلو المبيع من حقوق الارتفاق (استئناف مختلط ١١ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٢٢٧ – بودرى وسينيا فقرة ٣٨٧ – دى باج ٤ فقرة ١٣٩ – بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٥٣٧ – كولان وكابيتان ٢ فقرة ٩٠١ ص ٦٠٤ – جوسران ٢ فقرة ١١٠٩ – الأستاذان أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى رقم ٣٥٨ – الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٤١ – الأستاذ محمد على إمام ص ٣٤٥ – الأستاذ عبدالمنعم البدراوى فقرة ٣٠٢ (ولكنه لا يعتبر هذه الحقوق قيوداً بل ارتفاقات لأنها لا تنشأ إلا إذا طلبها من يريد تقريرها) .

والعقود الناشئة من خط التنظيم تعتبر هى أيضاً قيوداً على الملكية لا يضمنها البائع . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن البائع لا يضمن ظهور حقوق ارتفاق طبيعية أو قانونية كحق الارتفاق الناشئ من خط التنظيم ، فهذه الحقوق ليست حقوق ارتفاق بالمعنى الدقيق ، بل هى قيود قانونية المفروض أن المشترى يعرفها (استئناف مختلط ٢٦ يناير سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ٣٧ . وانظر أيضاً استئناف مختلط ٣ ديسمبر سنة ١٩٣٥ م ٤٨ ص ٤٥ – بودرى وسينيا ص ٣٥٢ هامش رقم ٢) . وقضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا اشترى شخص عيناً قد صدر مرسوم بنزع ملكيتها من قبل شرائه أو مرسوم بتعديل خط التنظيم قبل الشراء بحيث يدخل بعضها فى الشارع ، فليس له أن يدعى بأن ذلك من حقوق الارتفاق الموجبة لفسخ عقد الشراء (استئناف مصر ١٢ مايو سنة ١٩٣٥ المجموعة الرسمية ٣٧ رقم ١٩) . لكن إذا تعمد البائع أخفاء خط التنظيم عن المشترى ليحصل على ثمن أعلى، فإنه يكون قد غش المشترى ، ويرجع هذا بدعوى التدليس (استئناف مختلط ٢٦ يناير سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ٣٧ وهو الحكم السابق الذكر) .

ومع ذلك فقد قضت أخيراً محكمة مصر الكلية بأن وقوع العقار المبيع فى خط التنظيم يعد عيباً خفياً فى حكم المادة ٤٧٧ مدنى ، لأنه ينقص من قيمة المبيع ونفعه بحسب الغاية التى تستخلصها المحكمة من وقائع الدعوى والعرف الجارى وما يستفاد مما هو مبين بالعقد وطبيعة العقار المبيع والغرض الذى أعد له وهو استعماله والانتفاع به بطرق الانتفاع كافة . وليس فى استطاعة المشترى إذا فحص =

وليكون علم المشترى بحق الارتفاق كافياً لإسقاط ضمان البائع ، يجب كما قدمنا أن يكون المشترى قد حصل علمه عن أحد طريقين : (أولا) من كون حقوق الارتفاق على المبيع ظاهراً ، فيستطيع المشترى وقت البيع وهو يعاين المبيع أن يرى معالم حق الارتفاق ظاهرة أمامه ، أو كان يستطيع أن يراها ظاهرة ، فسكوته دليل على رضائه بعدم ضمان البائع [1] . ويخلص من ذلك أن مجرد ظهور حق الارتفاق يكفى لإسقاط الضمان ، علم المشترى فعلا بحق الارتفاق أو لم يعلم . (ثانياً) إذا لم يكن حق الارتفاق ظاهراً ، فيكفى أن يعلم البائع المشترى بوجود هذا الحق [2] . وليس هذا الاعلام معناه اشتراط عدم الضمان بل هو مجرد إعلام بوجود الحق ، فيصبح المشترى عالماً به ، وسكوته فى هذه الحالة رضاء ضمنى باسقاط ضمان البائع [3] . ويبدو من صياغة نص الفقرة الثانية من المادة ٤٤٥

= المبيع وقت الشراء بعناية الرجل المعتاد أن يتبين أن العقار المبيع داخل خط التنظيم ، لأن العيب لا يمكن ظهوره بمجرد فحص المبيع ذاته ، كما أنه لا يكفى مجرد نشر مرسوم خط التنظيم بالجريدة الرسمية للدلالة على علم المشترى أو استطاعته هذا العلم . والمادة ٤٤٤ مدنى تنص على ضمان البائع إذا وجد المبيع مثقلا بتكليف (charge) وكانت خسارة المشترى من ذلك بلغت قدراً لو علمه لما أتم العقد . وعبارة «تكليف» تشمل بعمومها كافة حقوق الانتفاع اتفاقية كانت أو قانونية ، كما أنها تمتد إلى القيود القانونية التى تحد من نطاق حق الملكية ، والعقار الداخل فى خط التنظيم يكون مثقلا بتكليف لمصلحة النفع العام وينطبق عليه حكم المادة ٤٤٤ (مصر الكلية ١٩ أكتوبر سنة ١٩٥٥ المحاماة ٣٦ رقم ٤٤٨ ص ٩١٦).

(١) استئناف مختلط ٩ مارس سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ١٥٣ – لكن إذا كان حق الارتفاق ظاهراً ، ومع ذلك ضمن البائع أنه غير موجود أو أن المبيع خال من حقوق الارتفاق ، لزمه الضمان (بودرى وسينيا فقرة ٣٨٩ – الأستاذ عبدالفتاح عبدالباقى ص ٢٥٥ – الأستاذ جميل الشرقاوى ص ٢٦٥ هامش ١ – الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١٨٥) . وإذا كان للمبيع حق ارتفاق ظاهر ، فإن البائع يضمنه ولو لم يفرد بالذكر فى عقد البيع . فاذا تبين أن هذا الحق غير موجود بعد أن اطمأن المشترى إلى وجوده الظاهر، جاز للمشترى الرجوع على البائع بالضمان (بودرى وسينيا فقرة ٣٩٠ – دى باج ٤ فقرة ١٣٩ – الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٥٩ – الأستاذ محمد على أمام فقرة ٣٤٦ – الأستاذ عبدالمنعم البدراوى فقرة ٣٠٠ – استئناف مختلط ٢٣ مايو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٩٤ – ٩ أبريل سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٢٨ – وانظر خلافا فى هذه المسألة مع ترجيح هذا الرأى إنسيكلوبيدى داللوز ٥ لفظ vente فقرة ١٣٦٣) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا ضمن البائع خلو المبيع من أى حق ارتفاق ، فظهور ارتفاق مطل على المبيع يوجب الضمان إذا كان المشترى قد اعتقد أنه موجود على سبيل التسامح (٩ يناير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٢٣٩) .

(٢) ويجب أن يعلمه بوجود حق الارتفاق بالذات ، ولا يكفى التعميم والقول بأنه باع المبيع بما عليه من حقوق ارتفاق أو نحو ذلك (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٠٢ ص ١٠٩ وهامش رقم ١) – ولا يوجد شكل خاص للاعلام ، فيصح أن يكون شفوياً ، ولكن البائع يحمل عبء إثبات أنه أعلم المشترى بوجود حق الارتفاق .

(٣) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : «وإعلام البائع للمشترى بوجود حق =

مدنى السالفة الذكر [(1)] أن المشترى يجب أن يحصل علمه من أحد هذين الطريقين أو من كليهما [(2)] ، فلا يكفي لإسقاط الضمان أن يكون المشترى عالماً بحق الارتفاق من طريق آخر غير هذين ، كأن يعلمه بحق الارتفاق شخص غير البائع أو نائبه ، أو يكون عالماً به من قبل دون أن يخبره به أحد . ذلك أن علم المشترى بحق الارتفاق الذى يترتب عليه إسقاط ضمان البائع يجب أن يكون علماً ينطوى فيه معنى إسقاط الضمان . فكون حق الارتفاق ظاهراً كاف في جعل البائع يعتقد أن المشترى يعلم بحق الارتفاق ويرضى فيه باسقاط الضمان . وكون البائع نفسه هو الذى تولى إعلام المشترى به كاف هو أيضاً في افتراض أن هذا الإعلام بمثابة اتفاق ضمنى على عدم الضمان . أما علم المشترى بحق الارتفاق من طريق آخر، فلا يتوافر فيه هذا المعنى . ويترتب على ذلك أن حق الارتفاق إذا كان مسجلاً، ولكنه لم يكن ظاهراً ولم يعلم به البائع المشترى ، فان مجرد تسجيله لا يستخلص منه علم المشترى به العلم الواجب لإسقاط ضمان البائع ، فما لم يشترط البائع عدم ضمانه لحق ارتفاق مسجل لزمه الضمان [(3)] (1).

= ارتفاق على المبيع يعتبر شرطاً من البائع بعدم ضمانه لهذا الحق مقترناً بعلم المشترى بسبب الاستحقاق فلا ترجع المشترى بشئ على البائع . ويقوم مقام إعلام البائع للمشترى بحق الارتفاق أن يكون هذا الحق ظاهراً للمشترى» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٠٦) . ويلاحظ أن العبارات المتقدمة تجعل إعلام البائع للمشترى بوجود حق ارتفاق يقوم مقام أمرين ، شرط عدم الضمان وعلم المشترى بسبب الاستحقاق ، كما لو كان الاتفاق على إنقاص الضمان يقتضى الأمرين معاً . والصحيح أن الذى يقتضى الأمرين معاً هو الاتفاق على اسقاط الضمان إطلاقاً لا على مجرد إنقاصه، وظاهر أن عدم ضمان حق ارتفاق معين هو اتفاق على أنقاص الضمان لا على إسقاطه .

(١) وهى تختلف عن صياغة المادة ١٦٣٨ مدنى فرنسى المقابلة ، ومن ثم جاز فى القانون المدنى الفرنسى – وهو أقرب إلى تقاليد القانون الرومانى السالفة الذكر – أن يحصل المشترى علمه بحق الارتفاق من أى طريق آخر (بودرى وسينيا فقرة ٣٨٦ ص ٣٩٦ – بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٠٢ ص ١٠٩ – بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٥٣٨) . قارن دى باج ٤ فقرة ١٤٣ .

(٢) أنظر من هذا الرأى الأستاذ عبدالفتاح عبدالباقى ص ٢٥٥ – الأستاذ منصور مصطفى منصور ص ١٨٧ – الأستاذ عبدالمنعم البدراوى فقرة ٣٠٤ (مع تحفظ فى أن العلم بحق الارتفاق يحرم من التعويضات) . وأنظر عكس ذلك : الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٤١ و ٢٥٥ و ٢٥٩ – الأستاذ جميل الشرقاوى ص ٢٣٦ هامش رقم ٢ .

(1) أنه إذا كان المدين المنزوع ملكيته قد رتب على عقاره حق ارتفاق لمصلحة عقار آخر ، وقد حافظ صاحب العقار المخدوم على هذا الحق بالتسجيل ليكون حجة على الكافة ، وفضلا عن ذلك تضمنت قائمة شروط البيع النص على التزام الراسى عليه المزاد احترام حقوق الارتفاق الظاهرة والخفية، فان تحدى هذا الأخير بحسن نيته وادعاءه عدم علمه بوجود هذا الحق يكون غير منتج .

(جلسة ١٩٥٥/٤/١٤ مجموعة أحكام النقض السنة ٦ ص ٩٦٩)

(٣) الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٤١ ص ٢٩٢ – الأستاذ محمد على إمام ص ٣٤٥ – الأستاذ عبدالفتاح=

٣٥٩ – الاتفاق على اسقاط الضمان : وقد يصل البائع إلى حد أن يشترط على المشترى إسقاط ضمان الاستحقاق إطلاقاً [(1)] ، فلا يكون البائع مسئولا إذا استحق المبيع كله أو بعضه . وقد رأينا [(2)] أنه إذا اشترط البائع عدم الضمان [(3)] على هذا النحو ، فانه يبقى مع ذلك مسئولا عن أى استحقاق ينشأ من فعله ، ويقع باطلا كل اتفاق يقضى بغير ذلك (م ١/٤٤٦ مدنى) . ولكن هل يجوز الاتفاق على إسقاط الضمان فيما يتعلق بالتعرض الصادر من البائع نفسه ؟

تجيب الفقرة الثالثة من المادة ٤٤٥ مدنى على هذا السؤال ، أولا ، بأن هذا الاتفاق

= عبدالباقى ص ٢٥٤ – ص ٢٥٥ – الأستاذ جميل الشرقاوى ص ٢٣٦ هامش ٢ – الأستاذ عبدالمنعم البدراوى فقرة ٣٠٣ – الأستاذ منصور مصطفى منصور ص ١٨٦ – الأستاذ اسماعيل غانم ص ١٢٠ – الأستاذان أحمد نجيب الهلالي وحامد زكى فقرة ٣٥٩ ص ٣٥٨ – ومع ذلك إذا وجد شرط فى البيع يقضى باحترام المشترى لحقوق الارتفاق الخفية، دخل ضمن هذه الحقوق حق ارتفاق مسجل ولو لم يعلم به المشترى . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان المدين المنزوع ملكيته قد رتب على عقاره حق ارتفاق لمصلحة عقار آخر ، وقد حافظ صاحب العقار المخدوم على هذا الحق بالتسجيل ليكون حجة على الكافة ، وفضلا عن ذلك تضمنت قائمة شروط البيع النص على التزام الراسى عليه المزاد احترام حقوق الارتفاق الظاهرة والخفية ، فإن تحدى هذا الأخير بحسن نيته وادعاء عدم علمه بوجود هذا الحق يكون غير منتج (نقض مدنى ١٤ أبريل سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١٢٦ ص ٩٦٩) .

وفى القانون الفرنسى ، الذى هو أقرب إلى تقاليد القانون الرومانى كما قدمنا ، يذهب أكثر الفقهاء إلى أن مجرد تسجيل حق الارتفاق لا يستخلص منه علم المشترى به ولا يسقط حقه فى الرجوع بالضمان: لوران ٢٤ فقرة ٢٦٩ – جيوار ١ فقرة ٤١٠ – أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٥ هامش ٥٥ – بودرى وسينيا فقرة ٣٨٦ ص ٣٩٦ – بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٥٣٩ – جوسران فقرة ١١٠٩ . وبهذا الرأى أخذت محكمة النقض الفرنسية (٣٠ ديسمبر سنة ١٩٤٠ داللوز الانتقادى ١٩٤١ – ١٠٧) ، ولكن يذهب بعض الفقهاء إلى أن مجرد تسجيل حق الارتفاق يفرض علم المشترى ويسقط حقه فى الضمان (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٦٠٤ – كولان وكابيتان ٢ فقرة ٩٠١) . ويقول بعض آخر إنه مع التسليم جدلا بأن حق الارتفاق المسجل يعتبر معلوماً من المشترى ولو لم يعلم به فعلا، فانه يجب استثناء حالتين من هذه القاعدة : (١) حقوق الارتفاق الناشئة من تخصيص رب الأسرة، فهذه لا تسجل . (٢) حق ارتفاق لم يسجل إلا بعد البيع وإن كان قد سجل قبل تسجيل البيع، فانه لا يكون معلوماً من المشترى ومع ذلك يكون نافذاً فى حقه فيضمنه البائع بالرغم من تسجيله (بيدان ١١ فقرة ١٩٨) .

(١) ويعتبر شرط إسقاط لضمان التعريض الصادر من الغير أن يشترط البائع أنه غير مسئول إلا عن التعرض الصادر عن شخصه (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٣٣) .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٣٣٦ .

(٣) المراد بعدم الضمان هنا هو إسقاط الضمان . وهذا بخلاف عبارة «عدم الضمان» الواردة فى الفقرة الثانية من المادة ٤٤٥ مدنى ، فان المراد بها إنقاص الضمان لا إسقاطه (الأستاذ منصور مصطفى منصور ص ١٨٤ هامش ١) .

يكون باطلا إذا كان البائع قد تعمد إخفاء حق لأجنبي يعلم أنه موجود وقت البيع . فإذا كان البائع يعلم مثلا أن المبيع عليه حق ارتفاق خفي لعقار مجاور ، فيكتمه عمداً عن المشترى، ثم يشترط إسقاط الضمان إطلاقاً دون أن يذكر سبباً معيناً للاستحقاق ، ثم يتبين بعد البيع أن المبيع عليه حق ارتفاق لم يعلمه المشترى عندما قبل شرط إسقاط الضمان وعلمه البائع بل هو قد أخفاه عمداً عن المشترى ، فان البائع يضمن للمشترى الاستحقاق الناشئ من ظهور هذا الحق رغم اشتراط البائع إسقاط الضمان .

وتجيب الفقرة الثانية من المادة ٤٤٦ مدنى على هذا السؤال ، ثانياً ، بأنه إذا اشترط البائع إسقاط الضمان واستحق المبيع دون أن يتعمد البائع أخفاء سبب الاستحقاق عن المشترى، فان البائع يبقى مسئولا عن رد قيمة المبيع وقت الاستحقاق [(١)] بالرغم من شرط إسقاط الضمان . فيكون هذا الشرط بمجرده ، لا يعفى البائع إلا من المسئولية عن التعويض، أما المسئولية عن رد قيمة المبيع وقت الاستحقاق فتبقى دون أن يؤثر فيها هذا الشرط [(٢)] .

وتجيب العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية من المادة ٤٤٦ مدنى على هذا السؤال ، ثالثاً، بأنه إذا أراد البائع – الذى لم يتعمد بطبيعة الحال أخفاء سبب الاستحقاق عن المشترى – إعفاء نفسه ، لا فحسب من التعويض ، بل أيضاً من قيمة المبيع وقت الاستحقاق ، فلا يكفى أن يشترط إسقاط الضمان ، بل يجب أيضاً أن يثبت أن المشترى كان يعلم وقت البيع بسبب الاستحقاق [(٣)]، أو يثبت أن المشترى عندما قبل شرط إسقاط الضمان قد اشترى

(١) ولم تذكر المادة ٢/٤٤٦ مدنى الفوائد القانونية من وقت الاستحقاق كما فعلت المادة ٤٣٣ مدنى ، ويبدو أن الفوائد تدخل في التعويضات فأغفلها النص عمداً (أنظر الأستاذ عبد المنعم البدراوى ص ١٩٥ هامش ١) .

(٢) استئناف وطنى ٢ فبراير سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ رقم ١٩٢ ص ١٨٠ – وإذا كان الاستحقاق جزئياً، ولم يكن جسيماً أو كان جسيماً ولكن المشترى اختار استبقاء المبيع ، فلا يسترد المشترى قيمة المبيع وقت الاستحقاق ، بل يسترد ما نقص من قيمة المبيع وقت الاستحقاق بسبب هذا الاستحقاق الجزئى (الأستاذ جميل الشرقاوى ص ٢٦٧ هامش ١) .

(٣) استئناف وطنى ١٧ مارس سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ٧٩ ص ١٥٥ – ٢٠ فبراير سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ رقم ١٩٢ ص ١٨٠ – ٦ يناير سنة ١٩٢٠ المجموعة الرسمية ٢١ رقم ٦٦ ص ١٠٨ – استئناف مصر ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ٢/٣٠٠ ص ٤٢٨ – استئناف مختلط ٢٣٠ ديسمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ١١٣ – ١٠ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤١٥ – ٣٠ أكتوبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ١٣ – ٣١ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٨٧ – ١٠ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٢٠ – ١٤ مارس سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٢٥ – ٢٥ يونية سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٣٩١ – ٢٤ مارس سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٩٠ – ١٧ مايو سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٣٠ – ١٦ نوفمبر سنة ١٩٣٨ م ٥١ ص ٢٤ – ١٤ مارس سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٢٠٧ .

ويستوى أن يكون البائع نفسه عالماً وقت البيع بسبب الاستحقاق أو غير عالم بذلك (بودرى وسينيا فقرة ٤٠٩ ص ٤١٧).

ساقط الخيار أى عالما بأن البيع احتمالى وقد أقدم عليه مخاطر [(١)] [(1)] . ففى هاتين الحالتين – حالة شرط إسقاط الضمان مع علم المشترى بسبب الاستحقاق وحالة شرط إسقاط الضمان مع قبول المشترى البيع ساقط الخيار – يكون من الواضح أن البيع عقد احتمالى أقدم عليه المشترى محتملا خطره ، وقد روعى ذلك بطبيعة الحال فى تقدير ثمن المبيع . وعند ذلك إذا استحق المبيع ، لم يكن البائع مسئولا نحو المشترى عن شئ [(٢)]. ولا يشترط فى إعفاء البائع من الضمان على هذا النحو ألفاظ خاصة ، أو أن يكون شرط إسقاط الضمان مقترناً بعبارة أن المشترى قد اشترى ساقط الخيار. بل يكفى فى ذلك أن يكون شرط اسقاط الضمان واضحاً فيه أن المقصود به هو جعل البيع عقداً احتمالياً ، وأنه فى حالة استحقاق المبيع لا يكون البائع مسئولا عن شئ . فيجوز أن يصاغ شرط عدم الضمان بما يفيد هذا المعنى دون أن يذكر أن المشترى قد اشترى ساقط الخيار ، كأن يذكر المشترى أنه

(١) استئناف وطنى ١٢ مارس سنة ١٩٢٣ المجموعة الرسمية ٢٥ رقم ٩١ ص ١٦٧ .

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا المعنى : «ويكون البائع غير مسئول عن رد شئ ما إذا صحب شرط عدم الضمان أحد أمرين : علم المشترى بسبب الاستحقاق أو شراؤه ساقط الخيار، لأن البيع فى هذه الحالة يكون عقداً احتمالياً» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٠٦) – وقد كان هذا هو الحكم فى عهد التقنين المدنى السابق : استئناف مختلط ٢١ فبراير سنة ١٨٩٥ م ٥ ص ١٤٩ – ٢٣ أبريل سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢٤٥ – ٥ مايو سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٣١٦ – ١٧ يونية سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٣٥٧ – ٩ نوفمبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ ص ٩ – ١٧ مايو سنة ١٩٢١م ٣٣ ص ٣٤٣ . وقد قضت محكمة الاستئناف بأن من حق المشترى ، حتى فى هذه الحالة ، أن يدخل البائع خصما فى دعوى الاستحقاق المرفوعة عليه من الأجنبى حتى يتعاون معه فى دفع الدعوى ، فإذا حكم للمستحق بالرغم من ذلك لم يكن للمشترى أن يرجع بضمان الاستحقاق على البائع (١٠ ديسمبر سنة ١٩٠٣ م ١٦ ص ٥٣). ويجب على كل حال ، فى حالتى شرط إسقاط الضمان مع علم المشترى بسبب الاستحقاق وشرط قبول المشترى الشراء ساقط الخيار ، أن يكون البائع حسن النية، أى يكون قد أطلع المشترى على كل سبب يعلمه يحتمل أن يكون مصدراً للاستحقاق (استئناف مختلط ١٢ مارس سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٧٨ – ١٢ يناير سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١١٣).

(1) اذا كان ضمان الاستحقاق التزاما شرطيا يتوقف وجوده على نجاح المتعرض فى دعواه فان لازم ذلك ان التقادم لا يسرى بالنسبة إلى هذا الضمان إلا من الوقت الذى يثبت فيه الاستحقاق بصدور حكم نهائى به ، ومن ثم فان القول ببدء سريان التقادم بالنسبة لهذا الضمان فى ظل التقنين المدنى الملغى من وقت رفع الدعوى بالاستحقاق يكون على غير سند ، إذ أن حكم القانون فى هذه المسألة واحد فى التقنين القديم والقائم . (جلسة ١٩٧٢/٢/٢٩ الطعن ٢٠٠ لسنة ٣٧ ق س ٢٣ ص ٢٦١)

وبنفس المعنى جلسة ١٩٦٦/٣/١٠ مجموعة احكام النقض السنة ١٧ ص ٥٦٤)

فإن مدة التقادم فى دعوى الضمان تسرى من تاريخ المنازعة فى الملك . جلسة ١٩٣٣/٤/٢٨ مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض الـ ٢٥ عاما – ٨٢ – ٣٥٨).

لا يرجع حتى بقيمة المبيع ، أو يذكر البائع أنه لا يرد شيئاً إطلاقاً ، أو نحو ذلك . بل يجوز أن يكتفى المتبايعان بذكر أن المشترى قد اشترى ساقط الخيار ، دون أن يذكر شرط إسقاط الضمان [(١)]. ذلك أن شراء المشترى ساقط الخيار يفترض حتماً شرط إسقاط الضمان، أما شرط إسقاط الضمان فلا يفترض حتماً أن المشترى قد اشترى ساقط الخيار [(٢)].

المبحث الرابع
ضمان العيوب الخفية
وفوات الوصف

٣٦٠ – خصوصية ضمان العيوب الخفية : وضمان العيوب الخفية ، كضمان التعرض والاستحقاق ، يتميز بمقومات ذاتية وخصوصية تجعله ليس تطبيقاً محضاً للقواعد العامة . فقد كان من الممكن الاستغناء عن كثير مما ورد من النصوص المتعلقة بهذا الضمان والاكتفاء بتطبيق القواعد العامة إذا ظهر عيب خفى مؤثر فى المبيع كان موجوداً وقت البيع ولم يكن المشترى عالماً به. فيقال عندئذ أن البائع لم يقم بتنفيذ التزاماته ، فمن المفروض أن البائع قد التزم بأن ينقل إلى المشترى لا ملكية المبيع فحسب ، بل أيضاً حيازة مفيدة تستجيب للغرض الذى أعد له المبيع . فظهور عيب خفى مؤثر فى المبيع ، من شأنه أن يجعل

---

(١) بورد ى وسينيا فقرة ٤٠٩ ص ٤١٧ – الأستاذ منصور مصطفى منصور ص ١٩٠ – قارن الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٦٤ .

(٢) ولا يكفى لإسقاط الضمان أن يكون المشترى عالماً بسبب الاستحقاق وقت البيع ، دون أن يكون شرط بعدم الضمان (بودرى وسينيا فقرة ٤٠٩ ص ٤١٧ – ص ٤١٨) .

هذا وقد كانت المادة ٤٦٠ مرافعات السابق تنص على أن «كل شرط فى قائمة شروط البيع يقضى بعدم ضمان الاستحقاق أو بأن يكون المشترى ساقط الخيار لا يترتب عليه إلا الإعفاء من التضمينات لا من رد الثمن» . فكان هذا النص يفارق الأحكام التى قدمناها من ناحيتين : (أولا) شرط عدم ضمان الاستحقاق وحده لا يعفى من رد الثمن ، وإنما يعفى من رد قيمة المبيع وقت الاستحقاق . (ثانيا) شراء المشترى ساقط الخيار كان من الواجب أن يعفى أيضاً من التضمينات . وظاهر أن نص تقنين المرافعات السابق لم ينسق مع نصوص التقنين المدنى . ولكننا مع ذلك لا نرى مانعاً من القول ، مع الأستاذ عبدالمنعم البدراوى (فقرة ٣٣١) ، بأن الأحكام الواردة فى تقنين المرافعات السابق تسرى فى العلاقة فيما بين الراسى عليه المزاد والدائنين (فيجوز للراسى عليه المزاد أن يرجع على الدائنين بالثمن على قاعدة الإثراء بلا سبب، ولا يعفيهم شرط عدم الضمان أو إقرار المشترى أنه اشترى ساقط الخيار إلا من التضمينات) ، أما أحكام التقنين المدنى فتبقى سارية فيما بين الراسى عليه المزاد والبائع (قارن الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٦٥ والأستاذ منصور مصطفى منصور ص ١٩٠ – ص ١٩١) .

البيع غير صالح للغرض الذى أعد له ، يكون إخلالا بالتزام البائع ، ومن ثم يجوز للمشترى أن يطلب فسخ البيع . بل يمكن القول أيضاً إنه ما دام هذا العيب المؤثر كان موجوداً وقت البيع وكان المشترى لا يعلمه ولو علمه لما أقدم على الشراء ، فان للمشترى أن يطلب إبطال للبيع لغلط جوهرى فى المبيع .

ولكن دعوى ضمان العيوب الخفية تتميز عن دعوى الفسخ وعن دعوى الإبطال للغلط، كما تميزت دعوى ضمان التعرض والاستحقاق عن دعوى الفسخ وعن دعوى الإبطال لوقوع البيع على ملك الغير . وسنرى أن هذه الدعوى لها شروطها الخاصة بها، وأنه يترتب عليها أحكام خاصة تستبعد فكرة الفسخ وفكرة الإبطال وتجعل التعويض فيها بعيداً عن أن يكون محض تطبيق للقواعد العامة. وسنرى أن من أبرز ما يميز هذه الدعوى أنها لا تجوز فى البيوع القضائية ولا فى البيوع الإدارية إذا كانت بالمزاد (م ٤٥٤ مدنى) ، وأنها تسقط بالتقادم إذا انقضت سنة من وقت تسليم المبيع (م ٤٥٢ مدنى) . وسنعقد فى آخر هذا المبحث مؤازنة بينها وبين ما يقرب منها من النظم القانونية كالإبطال للغلط أو للتدليس والفسخ لعدم التنفيذ .

والسبب فى تميز دعوى ضمان العيوب الخفية بمقوماتها الخاصة يرجع ، كما رأيناه يرجع فى تميز دعوى ضمان التعرض والاستحقاق ، إلى تقاليد تاريخية تمت بأوثق الصلات إلى القانون الرومانى . فقد كان فى روما موظفون فى الدولة (Ediles curules) يعهد إليهم فى ضبط المعاملات التى تقع ى الأسواق العامة . فعنوا ، فيما عنوا به ، بالتعامل فى الحيوان وفى الرقيق . فقد كانت العيوب فيها شائعة يسهل إخفاؤها ، وكانت الأيادى تتداولها. فأوجبوا على البائع أن يعلن ما فى المبيع من عيوب ، وجعلوا للمشترى إذا عثر على عيب لم يكشف عنه البائع دعويين : (١) دعوى رد المبيع على البائع (actio redhibitoria-action redhibitoire-redhibere: reprendre) ، وهى دعوى جنائية يرد بها المشترى المبيع على البائع ويسترد منه ضعف الثمن الذى دفعه له . (٢) ودعوى أنقاص الثمن (actio aestimatoria, quanti minoris-action estimatoire) ، وبها يسترد المشترى من البائع بعض الثمن الذى دفعه فى مقابل العيب الذى كشفه إذا إراد استبقاء المبيع [(١)]. وكان المشترى بالخيار بين هاتين الدعويين، على أن يختار بينهما فى مدة قصيرة بضع من شهور ، إذ كانت سرعة التداول فى الحيوان تجعله ينتقل من يد إلى يد فيعسر على البائعين المتعاقبين أن يكشفوا ما فى الحيوان من عيوب حتى يعلنوا بها المشترى ، هذا إلى الخشية من مزاعم المشترين لعيوب فى المبيع يدعون وجودها بعد مدة طويلة فتتعذر معرفة مصدرها . ثم امتد هذا الجزاء من بيع الحيوان والرقيق

---

(١) بيدان ١١ فقرة ٢٤٧ – كولان وكابيتان ٢ ص ٦١٤ .

إلى بيع السلع الأخرى ، حتى عمم في عهد جوستنيان [1] . فأصبح بذلك لضمان العيوب الخفية مقومات خاصة انتقلت من القانون الروماني إلى التشريعات الحديثة [2] لمسايرتها لضرورات التعامل ، فالمدة القصيرة التي يجب أن ترفع فيها دعوى الضمان تستجيب لضرورة استقرار التعامل حتى لا يدعي المشترى العيب في المبيع بعد انقضاء وقت طويل يتعذر معه التعرف على مصدر العيب ، والخيار الذى أعطى للمشترى يستجيب لحالة ما إذا أراد المشترى استبقاء المبيع بالرغم مما لحقه من العيب فيكون من حقه إنقاص الثمن [3] .

٣٦١ – شمول ضمان العيوب الخفية : وضمان العيوب الخفية، كضمان التعرض والاستحقاق ، يجاوز نطاقه عقد البيع إلى كل عقد ناقل للملكية ، بل وإلى كل عقد ينقل الانتفاع ، وبخاصة إذا كان من عقود المعاوضات . ذلك أن من ينقل الملكية أو الانتفاع إلى شخص آخر يجب عليه أن ينقل حيازة مفيدة تمكن من انتقلت إليه من الانتفاع بالشئ فيما أعد له ، ومن ثم يجب أن يضمن العيوب الخفية التي تعوق هذا الانتفاع .

ولكن لما كان عقد البيع هو العقد الرئيسى الذى يلتزم فيه البائع بنقل الملكية والحيازة، فقد وضعت فيه القواعد العامة لضمان العيوب الخفية، وأشير إلى هذه القواعد فى العقود الأخرى مع ما تقتضيه طبيعة كل عقد من تعديلات خاصة به ، لا سيما فى عقود التبرع حيث نقل الملكية أو الانتفاع دون عوض يكون من شأنه التخفيف إلى حد كبير من أحكام ضمان العيوب الخفية .

---

(١) ويقابل هذا الذى حدث في القانون الروماني ما يعرف في الفقه المالكي بالعهدة ، فيفترض أن العيب إذا حدث عند المشترى فى مدة معينة يكون كامناً فى المبيع وقت أن كان فى يد البائع ، فيحمل البائع عهدته ويكون مسئولا عنه . قال ابن رشد فى بداية المجتهد (جزء ٢ ص ١٤٤ – ص ١٤٦) : «انفرد مالك بالقول بالعهدة دون سائر فقهاء الأمصار، وسلفه فى ذلك أهل المدينة والفقهاء السبعة وغيرهم . ومعنى العهدة أن كل عيب حدث فيها عند المشترى فهو من البائع . وهي عند القائلين بها عهدتان : عهدة الثلاثة الأيام وذلك من جميع العيوب الحادثة عند المشترى ، وعهدة السنة وهي عن العيوب الثلاثة الجزام والبرص والجنون فما حدث فى السنة من هذه الثلاثة بالمبيع فهو من البائع وما حدث من غيرهامن العيوب كان من ضمان المشترى على الأصل . وعهدة الثلاثة عند المالكية بالجملة بمنزلة أيام الخيار وأيام الاستبراء ، والنفقة فيها والضمان من البائع . وأما عهدة السنة فالنفقة فيها والضمان من المشترى ، إلا من الأدواء الثلاثة . وهذه العهدة عند مالك فى الرقيق ، وهى أيضاً واقعة فى أصناف البيوع فى كل ما القصد منه المماكسة والمماكرة وكان بيعاً لا فى الذمة . وهذا ما لاخلاف فيه فى المذهب» (مصادر الحق فى الفقه الإسلامى للمؤلف ٤ ص ٢٧٣ هامش ٢) .

(٢) فانتقلت – عدا التقنينين المصرى والفرنسي – إلى التقنين الإيطالى القديم (م ١٥٠١ وما بعدها)، وإلى التقنين الأسبانى (م ١٤٨٦ وما بعدها) ، وإلى تقنين الالتزامات السويسرى (م ١٩٧ وما بعدها)، وإلى التقنين الألمانى (م ٤٥٩ وما بعدها) .

(٣) بيدان ١١ فقرة ٢٤٧ – بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٢٥ – كولان وكابيتان ٢ فقرة ٩٢٠ وفقرة ٨٩٣ص ٥٩٨ .

ففى عقد المقايضة نص بوجه عام على أن تسرى على المقايضة أحكام البيع بالقدر الذى تسمح به طبيعة المقايضة (م ٤٨٥ مدنى) . وفى عقد الشركة نص على أنه إذا كانت حصة الشريك حق ملكية أو حق منفعة أو أى حق عينى آخر ، فان أحكام البيع هى التى تسرى فى ضمان الحصة إذا ظهر فيها عيب أو نقص ، أما إذا كانت الحصة مجرد الانتفاع بالمال فان أحكام الإيجار هى التى تسرى (م ٥١١ مدنى) . وفى عقد القرض نص على ضمان العيب الخفى، فميز بين القرض بأجروالقرض بغير أجر ، وعدلت الأحكام بما تقتضيه طبيعة كل نوع من هذين النوعين (م ٥٤١ مدنى) . وفى عقد الإيجار تناولت النصوص العيوب الخفية على النحو الذى اتبع فى عقد البيع ، مع إدخال ما تقتضيه طبيعة عقد الإيجار من تعديلات على أحكام الضمان (م ٥٧٦ – ٥٧٨ مدنى) . وكذلك الأمر فى عقد المقاولة [1] (م ٥٥١ – ٦٥٤ مدنى) ، وفى عقد الهبة وهو عقد التبرع الرئيسى فانحصر ضمان العيوب الخفية فى نطاق محدود اقتضته صفة التبرع (م ٤٩٥ مدنى)، وفى عقد العارية [2] (م ٢/٦٣٨ مدنى) .

٣٦٢ – المسائل التى يتناولها البحث : ونجرى فى بحث ضمان العيوب الخفية كما جرينا فى بحث ضمان التعرض والاستحقاق ، فننظر متى يقوم الضمان ، وما يترتب على قيامه، والاتفاق على تعديل أحكامه ، ونضيف إلى ذلك تمييز ضمان العيوب الخفية عما يقاربه من النظم القانونية الأخرى .

١ – متى يقوم ضمان العيوب الخفية

٣٦٣ – مسائل أربع : ونجرى هنا أيضاً على النحو الذى جرينا عليه فى ضمان التعرض والاستحقاق ، فنبحث : (أ) العيوب الموجبة للضمان . (ب) المدين فى الضمان. (جـ) الدائن فى الضمان . (د) البيع الذى ينشئ الضمان .

---

(١) أنظر فى أن أحكام العيب الخفى الخاصة بالبيع لا تسرى فى عقد الاستصناع إلا إذا اختلط البيع بهذا العقد : نقض مدنى ١٤ ديسمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة الأحكام النقض ٢ رقم ٢٩ ص ١٥٣ .

(٢) أنظر تعليقاً لبلانيول فى دالوز ١٩١٢ – ١ – ١١٣ ، حيث ينتقد حكمين صادرين من محكمة النقض الفرنسية فى ١٨ أكتوبر سنة ١٩١١ رفضا تطبيق أحكام ضمان العيب الخفى الواردة فى عقد البيع فى حالة ظهور عيوب فى أبواب لمبنى تعهد باقامته مقاولون ومهندسون معماريون بدعوى أن العقد عقد مقاولة فلا تسرى عليه أحكام عقد البيع فى العيوب الخفية.

ويذهب بلانيول فى هذا التعليق إلى وجوب سريان هذه الأحكام لا فى عقد البيع فحسب ، بل أيضاً فى كل العقود الأخرى إذا كانت عقود معاوضة ناقلة للملكية (بلانيول وريبيروهامل ١٠ ص ١٤٠ هامش ١) .

٣٦٤ - أ - العيوب الموجبة للضمان - النصوص القانونية : تنص المادة ٤٤٧ من التقنين المدني على ما يأتي :

« ١ - يكون البائع ملزماً بضمان إذا لم يتوافر في المبيع وقت التسليم الصفات التي كفل للمشتري وجودها فيه ، أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته ، أو من نفعه بحسب الغاية المقصودة مستفادة مما هو مبين في العقد أو مما هو ظاهر من طبيعة الشيء أو الغرض الذي أعد له ، ويضمن البائع هذا العيب ولو لم يكن عالماً بوجوده» .

«٢ - ومع ذلك لا يضمن البائع العيوب التي كان المشتري يعرفها وقت البيع، أو كان يستطيع أن يتبينها بنفسه لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادي، إلا إذا أثبت المشتري أن البائع قد أكد له خلو المبيع من هذا العيب ، أو إثبت أن البائع قد تعمد إخفاء العيب غشا منه» .

وتنص المادة ٤٤٨ على ما يأتي :

«لا يضمن البائع عيباً جرى العرف على التسامح فيه» (١) .

---

(١) **تاريخ النصوص** :

م ٤٧٧ : ورد هذا النص في الفقرتين الأولى والثانية من المادة ٥٩٣ وفي المادة ٥٩٤ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : م ٥٩٣ : ١ - يكون البائع ملزماً بالضمان إذا لم يتوافر في المبيع ، وقت التسليم، الصفات التي قرر البائع أنها موجودة فيه ، أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته أو من نفعه ، حسب ما قصد إليه المشتري ، كما هو مبين في العقد ، أو كما هو ظاهر من طبيعة الشيء أو من الغرض الذي أعد له هذا الشيء . ٢ - ويضمن البائع هذا العيب حتى لو لم يكن عالما بوجوده . م ٥٩٤ : ١ - ومع ذلك لا يضمن البائع العيوب التي كان المشتري يعرفها وقت البيع ، أو التي عرفها عند الفرز إذا كان المبيع من المثليات . ٢ - وكذلك لا يضمن البائع عيباً كان المشتري يستطيع أن يتبينه بنفسه لو أنه فحص المبيع بما ينبغي من العناية ، إلا إذا أثبت المشتري أن البائع قد أكد له خلو المبيع من هذا العيب، أو أثبت أن البائع قد تعمد إخفاء العيب عن غش منه» . وفي لجنة المراجعة أدمجت المادتان في مادة واحدة لأن الثانية تكملة ضرورية للأولى ، وأجريت بعض تعديلات لفظية ، وصارت المادة رقمها ٤٦٠ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب بعد تعديل لفظي . ووافقت عليها لجنة مجلس الشيوخ بعد تعديل لفظي آخر وبعد أن استبدل بعبارة «بما ينبغي من العناية» الواردة في الفقرة الثانية عبارة «بعناية الرجل العادي» أخذاً بالمعيار العام في العناية ، فصار النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد وأصبح رقمه ٤٤٧ . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٠٩ و ص ١١١ - ص ١١٣) .

م ٤٤٨ : ورد هذا النص في المادة ٥٩٣ الفقرة الثالثة من المشروع التمهيدي على وجه يطابق ما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . واقترح في لجنة المراجعة فصل هذه الفقرة الثالثة من المادة ٥٩٣ لأنها تقرر حكما مستقلا ، فوافقت اللجنة على ذلك ، وأصبح رقم النص المستقل المادة ٤٦١ في المشروع النهائي، ووافق عليها مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٤٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١١٣ - ص ١١٤) .

وتقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق المواد ٣٨٧/٣١٣ و ٣٢٠ و ٣٩٥ و ٣٩٧/٣٢٢ - ٣٩٨ (١) .

وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادتين ٤١٥ - ٤١٦ - وفي التقنين المدني الليبي المادتين ٤٣٦ - ٤٣٧ - وفي التقنين المدني العراقي المادتين ٥٥٨ - ٥٥٩ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المواد ٤٤٢ - ٤٤٥ و ٤٦٠ (٢) .

---

(١) **التقنين المدني السابق** م ٣٨٧/٣١٣ : البائع ضامن للمشتري العيوب الخفية في المبيع إذا كانت تنقص القيمة التي اعتبرها المشتري ، أو تجعل المبيع غير صالح لاستعمال فيما أعد له .

م ٣٩٥/٣٢٠ : لا وجه لضمان البائع إذا كان العيب ظاهراً أو علم به المشتري علماً حقيقياً.

م ٣٩٧/٣٢٢ - ٣٩٨ : لا يكون العيب موجباً للضمان إلا إذا كان قديماً ، والمراد بالعيب القديم العيب الموجود وقت البيع في المبيع إذا كان عيناً معينة ، أو العيب الموجود في المبيع وقت تسليمه إذا لم يكن عيناً معينة .

(ولا فرق في الأحكام ما بين التقنينين السابق والجديد ، فيما عدا بعضاً من الفروق أهمها ما بينته المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي على الوجه الآتي : (١) اتخذ التقنين الجديد معياراً مادياً في تحديد ما إذا كان العيب مؤثراً ، أما التقنين المدني السابق فالمعيار فيه تارة مادي (عدم صلاحية المبيع لما أعد له) وطوراً ذاتي (نقص القيمة التي اعتبرها المشتري) . (٢) ينقص التقنين السابق أن يحدد معنى خفاء العيب تحديداً كافياً ، أما التقنين الجديد فقد بين ذلك في وضوح . (٣) زاد التقنين الجديد بعض التفصيلات الهامة ، فذكر أنه يكفي لاعتبار العيب مؤثراً أن يخلو المبيع من صفة قرر البائع أنها موجودة فيه، ونص على أن العيب لا يكون مؤثراً إذا كان قد جرى العرف على التسامح فيه، وقرر أن تأكيد البائع بأن المبيع خال من العيب أو تعمده إخفاءه يجعله ضامناً للعيب حتى لو لم يكن خفياً ما دام المشتري لا يعلمه : مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١١١ - يضاف إلى هذه الفروق الثلاثة فرق رابع هو أن التقنين السابق اعتد في وجود العيب بوقت البيع في العين المعينة بالذات وبوقت التسليم في العين غير المعينة إلا بالنوع ، وهذا لا يصح إلا في قانون كالقانون الفرنسي يجعل تبعة تعيب المبيع قبل التسليم على المشتري لا على البائع ، أما حيث تكون تبعة التعيب قبل التسليم على البائع كما في القانون المصري فالواجب ضمان البائع للعيب متى وجد قبل التسليم ولو في العين المعينة بالذات ، وهذا ما نص عليه صراحة التقنين الجديد) .

(٢) **التقنينات المدنية العربية الأخرى** : التقنين المدني السوري م ٤١٥ - ٤١٦ (مطابقتان للمادتين ٤٤٧-٤٤٨ مصري - وأنظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ١٩٦ - فقرة ٢٠٤).

التقنين المدني الليبي م ٤٣٦ - ٤٣٧ (مطابقتان للمادتين ٤٤٧ - ٤٤٨ مصري).

التقنين المدني العراقي م ٥٥٨ : ١ - إذا ظهر بالمبيع عيب قديم ، كان المشتري مخيراً إن شاء رده وإن شاء قبله بثمنه المسمى . ٢ - والعيب هو ما ينقص ثمن المبيع عند التجار وأرباب الخبرة أو ما يفوت به غرض صحيح إذا كان الغالب في أمثال المبيع عدمه . ويكون قديماً إذا كان موجوداً في المبيع وقت العقد أو حدث بعده وهو في يد البائع قبل التسليم .

=

ويخلص من هذه النصوص أن العيب في المبيع حتى يوجب الضمان يجب أن تتوافر فيه شروط أربعة : (١) أن يكون مؤثراً (٢) وأن يكون قديماً (٣) وأن يكون خفياً (٤) وإن يكون غير معلوم للمشترى [١] .

٣٦٥ – (١) أن يكون العيب مؤثرا – والعيب المؤثر الموجب للضمان هو العيب الذى يقع فى مادة الشئ المبيع ، فمعيار العيب هنا موضوعي محض [٢] . وتزداد موضوعية المعيار وضوحاً بالرجوع إلى الضوابط التى وضعتها الفقرة الأولى من المادة ٤٤٧ مدني، فان

= م ٥٩٩ : لا يضمن البائع عيباً قديماً كان المشترى يعرفه ، أو كان يستطيع أن يتبينه بنفسه وأنه فحص المبيع بما ينبغى من العناية ، إلا إذا أثبت أن البائع قد أكد له خلو المبيع من هذا العيب أو أخفى عنه العيب غشاً منه .

(وشروط العيب الموجب للضمان واحدة فى التقنين المصرى والعراقى – أنظر فى القانون المدنى العراقى الأستاذ حسن الذنون فقرة ٢٤٤ – فقرة ٢٥١ – الأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٤٧٧ – فقرة ٥٠٢).

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٤٢٢ : يضمن البائع عيوب المبيع التى تنقص قيمته نقصاً محسوساً أو تجعله غير صالح للاستعمال فيما أعد له بحسب ماهيته أو بمقتضى عقد البيع . أما العيوب التى لا تنتقص من قيمة المبيع أو من الانتفاع به إلا نقصاً خفيفاً ، والعيوب المتسامح بها عرفاً، فلا تستوجب الضمان . ويضمن البائع وجود الصفات التى ذكرها هو ، أو اشترط الشارى وجودها .

م ٤٤٣ : أما إذا كان المبيع أشياء لا تعرف حقيقة حا لها إلا بإحداث تغيير فيها كالأثمار ذات الغلاف اليابس، فالبائع لا يضمن عيوبها الخفية إلا إذا ضمنها صراحة أو كان العرف المحل يوجب عليه هذا الضمان .

م ٤٤ : إذا انعقد البيع بحسب نموذج ، فالبائع يضمن وجود صفات النموذج فى البضاعة المبيعة. وإذا هلك أو ناله عيب ، فعلى المشترى أن يثبت عدم انطباق البضاعة عليه .

م ٤٤٥ : لا يضمن البائع إلا العيوب الموجودة وقت البيع إذا كان المبيع عينا معينة بذاتها، أو وقت التسليم إذا كان المبيع مثلياً وقد بيع بالوزن أو بالقياس أو بحسب الوصف .

م ٤٦٠ : لا يكون البائع مسئولا عن العيوب الظاهرة ولا عن العيوب التى سبق للمشترى أن عرفها أو كان من السهل عليه أن يعرفها . وإنما يكون مسئولا حتى عن العيوب التى كان من السهل على المشترى أن يعرفها إذا صرح البائع بخلو المبيع منها .

(وشروط العيب الموجب للضمان واحدة فى التقنينين المصرى واللبنانى) .

(١) استئناف مصر ١٤ أبريل سنة ١٩٢٤ المحاماة ٤ رقم ٧٠٠ ص ٩٢١ – والمشترى هو الذى يقع عليه عبء إثبات توافر هذه الشروط ، وهى كلها وقائع مادية يجوز إثباتها بجميع الطرق ويدخل فى ذلك البينة والقرائن ، وبخاصة رأى الخبراء الفنيين (لورن ٢٤ فقرة ٢٨٦ – أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٥ مكرر ص ٨٣ – بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٢٨ ص ١٤٢ – أنسيكلوبيدى داللوز ٥ لفظ vice Réd فقرة ٩٠ – فقرة ٩٧ – الأستاذ عبدالمنعم البدراوى فقرة ٣٤١).

(٢) جوسران ٢ فقرة ١١١٩ .

النص يشترط كما رأينا أن يكون بالمبيع عيب «ينقص من قيمته، أو من نفعه بحسب الغاية المقصودة مستفادة مما هو مبين فى العقد أو مما هو ظاهر من طبيعة الشئ أو الغرض الذى أعد له» [١] . فالعيب إذن قد يكون من شأنه أن ينقص من قيمة الشئ المادية ، أو من نفعه المادى، وقيمة الشئ ونفعه أمران متميزان . فقد ينقص العيب من قيمة الشئ دون أن ينقص من نفعه ، كما إذاكان المبيع سيارة صالحة لجميع الأغراض المقصودة ولكن بها عيب خفى فى المقاعد أو فى الغطاء أو فى غير ذلك من أجزائها مما لا يؤثر مطلقاً فى صلاحيتها للسير والوفاء بجميع الأغراض المقصودة منها ، فاذا كان هذا العيب مؤثراً بحيث ينقص من قيمة السيارة نقصاً محسوساً كان للمشترى الرجوع على البائع بضمان العيب الخفى . وقد ينقص العيب من نفع الشئ دون أن ينقص من قيمته ، كما إذا كان المبيع آلة ميكانيكية فيها عيب خفى يجعلها غير صالحة لبعض المنافع ولكنها بالرغم من وجود هذا العيب فيها لا تزال محتفظة بقيمتها المادة ولو كان هذا العيب معروفاً لما قلل من هذه القيمة . فاذا كانت المنفعة التى تفوت المشترى بهذا العيب من المنافع المقصودة [٢]، كان له أن يرجع بضمان العيب الخفى . وتحديد المنافع المقصودة من المبيع معياره أيضاً موضوعى محض، ويستفاد من أمور ثلاثة بينتها الفقرة الأولى من المادة ٤٤٧ مدنى : ما هو مبين فى العقد ، أو ما هو ظاهر من طبيعة الشئ ، أو الغرض الذى أعد له [1] .

فقد يحتاط المشترى ويبين فى عقد البيع الأغراض المقصودة من المبيع ، فيجب عندئذ أن تعتبر هذه الأغراض جميعاً منافع مقصودة من المبيع ، فاذا كان بالمبيع عيب خفى يخل بأية منفعة منها إخلالا محسوساً كان للمشترى الرجوع على البائع بضمان العيب الخفى [2] وليس من الضرورى أن تكون المنافع المذكورة فى العقد هى المنافع المألوفة ، فقد

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : «ويرجع فى تقدير ذلك إلى معيار مادى فينظر إلى قصد المتعاقدين كما هو مبين فى العقد – أى الإرادة الظاهرة – وإلى طبيعة الشئ ، وإلى الغرض الذى أعد له – فيعتبر أن هناك عيباً مؤثراً إذا خلا المبيع من صفة قرر البائع أنها موجودة فيه» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١١٠) .

(٢) وقد تكون المنافع كمالية ولكنها تكون مع ذلك مقصودة (انسيكلوبيدى داللوز ٥ لفظ Vice Réd فقرة ١٨ – وقارن أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٥ مكررة ص ٨٢ – بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٤٧٨).

(1) مجال تطبيق المادة ٤١٩ من القانون المدنى هو حالة حصول غلط فى المبيع ، أى حالة ظهور العيوب الخفية فيحكمها نص المادة ٤٤٧ من القانون المذكور ، ومن ثم فلا يمنع من طلب الفسخ للعيب الخفى أن يكون المشترى قد أقر عند تسلم المبيع بأنه عاينة معاينة نافية للجهالة .

(جلسة ١٩٦٢/٥/١٤ الطعن ٦ لسنة ٢٧ ق س ١٣ ص ٨٠٨)

(2) من المقرر فى قضاء محكمة النقض أن العيب فى المبيع يعتبر خفيا متى كان المشترى غير عالم به وغير مستطيع أن يعلمه أو إذا لم يكن من الممكن اكتشافه بالفحص المعتاد الذى تعارف الناس على القيام به كأن يتطلب خبره خاصة وفحصا معينا لا يتوافران فى المشترى ، وكان العلم الذى ينتفى به =

يشترط المشترى على البائع منافع أخرى قصد إليها فكفلها له البائع فى عقد البيع، كما إذا اشترط المشترى أن تكون السيارة المبيعة يسهل عليها السير فى الطرق غير الممهدة أو أنها تصل إلى سرعة أعلى من السرعة المألوفة أو أنها لا تستهلك من الوقود إلا قدراً معيناً، فاذا لم يتوافر فى البيع وقت التسليم الصفات التى كفل البائع للمشترى وجودها فيه ، كان هذا عيباً مؤثراً موجباً للضمان ، ولو لم يكن خلو المبيع من هذه الصفات هو فى ذاته عيب بحسب المألوف فى التعامل بين الناس، ما دام البائع قد كفل للمشترى هذه الصفات(١)(1)

= ضمان العيب هو العلم الحقيقى دون العلم الافتراضى وهو ما لا يكفى للدلالة عليه مجرد اقرار المشترى فى عقد البيع بمعاينته للمبيع المعاينة النافية للجهالة أو قلة ثمن المبيع .

(جلسة ١٩٨٥/٢/٢٩ الطعن ١٦٧٤ لسنة ٥٤ س ٣٦ ص ٣٣٠)

(١) أنظر مع ذلك فى التمييز بين العيب بمعني الآفة الطارئة على المبيع وبين تخلف شرط كفالة البائع، وفي أن تخلف الشرط حالة مستقلة لا تعدو أن تكون أخلالا بشرط فى العقد ولكن المشرع أجرى عليها أحكام العيب الأستاذ منصور مصطفى منصور ص ٢١٥ – ص ٢١٩.

(1) أ – لئن كان الأصل أن البائع لا يضمن العيب إلا إذا كان خفياً إلا أن المشرع استثناء من هذه القاعدة يجعل البائع ضامنا ولو كان العيب ظاهرا إذا أثبت المشترى أن البائع أكد له خلو العين المبيعة من العيب .

(جلسة ١٩٦٧/١/٢٦ الطعن ٥١ لسنة ٣٣ ق س ١٨ ص ٢٦٤)

ب – متى كان الحكم المطعون فيه قد استند فى قضائه بفسخ البيع إلى وجود عيب خفى بالمبيع أكد البائع فى العقد خلوه مما يعد إخلالا بالتزامه بألا يكون المبيع محملا بتكليف أو مشوبا بعيب خفى وفقا للمادة ١/١٥٧ من القانون المدنى فأنه لا يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون .

(جلسة ١٩٦٢/٥/١٤ الطعن ٦ لسنة ٢٧ ق س ١٣ ص ٨٠٨)

جـ – مفاد نص المادة ٤٤٧ من القانون المدنى أنه يتعين لكى تقوم مسئولية البائع عن ضمان العيوب الخفية فى المبيع أن تكون هذه العيوب كامنة فى مادة الشئ المبيع ذاته وموجودة فيه وقت أن سلم المبيع من البائع وأن تنقص من قيمته بحسب الغرض الذى أعد له كما يلزم أن تكون خفية وهى تكون كذلك كما تقول الفقرة الثانية من المادة ٤٤٧ المشار إليها إذا أثبت المشترى أنه كان لا يستطيع أن يتبينها بنفسه لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادى ما لم يكن البائع قد أكد له خلو المبيع من هذا العيب أو تعمد إخفاءه غشا منه .

(جلسة ٢٠٠٠/٤/٢٧ الطعن ٦٨٢٦ لسنة ٦٢ق)

د – تمسك الطاعن بعدم علمه بالعيب فى العين المبيعة إلا بصدور اللجنة الهندسية لمجلس المدينة بتصدع العقار لعيب يرجع إلى سوء صنعة البناء تعمد البائع اخفاء ثمنهما ما يحق له حبس باقى الثمن المتفق عليه . دفاع جوهرى . التفات الحكم المطعون عليه عن بحثه على قالة أنه اقام دعواه بعد مرور سنة من تاريخ تسلمه المبيع حال أنه لا تلازم حتمى بين تسليم المبيع للمشترى وسقوط حق ضمان العيب . خطأ وقصور .

(جلسة ١٩٩٨/٣/١٥ الطعن ٥٨٥ لسنة ٦٧ ق)

. وهذا ما يدعى في الفقه الإسلامى بخيار فوات الوصف المرغوب فيه ، وقد نصت عليه صراحة الفقرة الأولى من المادة ٤٤٧ مدنى حين قالت : «إذا لم يتوافر في البيع وقت التسليم الصفات التى كفل البائع للمشترى وجودها فيه» . وليس من الضرورى أن تكون الصفات التى كفلها البائع للمشترى مذكورة صراحة فى عقد البيع ، بل يكفى ذكرها ضمناً. فالبيع بالعينة (échantillon) أو البيع طبقاً لنموذج (type) مفروض فيه أن يكون المبيع مطابقاً للعينة أو للنموذج ، فاذا اختلت المطابقة كان هذا عيباً مؤثراً موجباً للضمان، ويرجع وجود العيب فى هذه الحالة إلى اختلال الصفات التى كفلها البائع للمشترى ضمناً بالبيع طبقاً لعينة أو لنموذج (١)

فاذا لم يذكر المتبايعان شيئاً – لا صراحة ولا ضمناً – عن المنافع المقصودة من المبيع، وجب لتحديد هذه المنافع الرجوع إلى طبيعة الشئ . فاذا كان المبيع دار للسكنى، أملت طبيعتها الأغراض المقصودة منها ، فاذا كان بها عيب يخل بشئ من هذه الأغراض أخلالاً محسوساً رجع المشترى على البائع بالضمان . وإذا كان المبيع أرضاً زراعية ، فان طبيعتها تحدد المنافع المقصود منها ، فلا يشترط إلا أن تكون صالحة إلا للمحصولات العادية، فاذا وجد بها عيب يخل بهذه المنافع وجب على البائع الضمان . وإذا كان المبيع متجراً ، فطبيعته أيضاً تحدد المنافع المقصودة منه ، ولا يكون المتجر صالحاً للغرض الذى أنشئ من أجله إلا إذا كان مستقراً فى مكانه ، فاذا تبين أن إيجار المكان الذى أقيم فيه المتجر مشوب بعيب وطلب المالك إبطاله ، كان هذا عيباً خفياً في المتجر يوجب الضمان (٢) . وإذا كان المبيع حقاً شخصياً مكفولا برهن ، وكشف المشترى المحال له عن أن الرهن غير مفيد أو عن أن قيده لم

(١) كولان وكابيتان ٢ فقرة ٩٢٣ – وقارن استئناف مختلط ١٣ مايو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٨٥.

ونرى من ذلك أن العبرة في العيب المؤثر بالغرض الذى أعد له المبيع ، ويستفاد هذا الغرض من اتفاق المتعاقدين . وليس المقصود أن يعتد ، فى تقدير العيب المؤثر ، بالصفات الجوهرية التى دخلت فى اعتبار المتعاقد كما هى الحال في الغلط ، فهذا معيار ذاتى ويتمشى مع فكرة الغلط . فلو أن الصفة الجوهرية التى كانت محل اعتبار أحد المتعاقدين لم تكن محل اعتبار المتعاقد الآخر ، بل كان هذا يعلم بالغلط الذى وقع فيه المتعاقد الأول ، فلا تزال هذه الصفة الجوهرية – وهى أمر نفسى – معتداً بها فى الغلط ويكون العقد قابلا للابطال . أما فى العيب المؤثر فالغرض الذى يستفاد من العقد يجب أن يكون متفقاً عليه بين المتعاقدين ولا يكفى أن يكون هو غرض المشترى وحده ولو علمه البائع ولكن لم يتفق معه عليه ، فالمعيار هنا موضوعى لا ذاتى (قارن الأستاذ جميع الشرقاوى ص ٢٧٥ هامش ١) .

(٢) ولكن لا يعتبر عيباً مؤثراً ، فى بيع صيدلية، أن يجد المشترى بعض الديون التى للصيدلية فى ذمة الغير مسددة دون أن تكون هذه الديون المسددة قد دخلت فعلا فى الخزانة ، لا سيما إذا ثبت أن البائع، وهو وارث صاحب الصيدلية ، لا علم له بصورية هذا السداد وأنه عند حساب الثمن قد اقتطع نسبة معينة من إيراد الصيدلية فى نظير مصروفات التحصيل والخسائر (استئناف مختلط ٩ مارس سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ١٨٣) .

يجدد ، كان هذا عيباً خفياً في المبيع يتلاءم مع طبيعته . فطبيعة الشيء إذن هي التي تملي المنافع المقصودة منه ، وهي التي تحدد العيوب التي تخل بهذه المنافع . فاذا كان المبيع شيئاً مادياً كانت العيوب مادية ترجع إلى طبيعة المبيع ، وإذا كان شيئاً معنوياً رجعت العيوب أيضاً إلى طبيعة المبيع وصارت شيئاً معنوياً (١) .

وقد يخصص من طبيعة الشيء الغرض الذى أعد له هذا الشيء، يرجع إلى هذا الغرض لتحديد المنافع المقصودة من المبيع والعيوب التي تخل بهذه المنافع . فاذا كان المبيع فرساً حدده طبيعته كما سبق القول الأغراض المقصودة ، فاذا كان الفرس معداً للسباق واشتراه المشترى على هذا الاعتبار، فان الغرض الذى أعد له الفرس يخصص المنافع المقصودة منه وهى أن يكون صالحاً للسباق . فاذا تبين أنه غير صالح له كان هذا عيباً خفياً موجباً للضمان، ولو كان الفرس صالحاً لجميع الأغراض الأخرى . وإذا كان المبيع أرضاً زراعية أعدت لزراعة الفاكهة أو الزهور ، وجب الاعتداد ، لا بطبيعة المبيع فحسب ، بل أيضاً بالغرض الذى أعد له ، وهو هنا زراعة الفاكهة أو الزهور ، فاذا لم تكن الأرض صالحة لزراعة هذه الأصناف ، كان هذا عيباً ضمنياً موجباً للضمان ، ولو كانت الأرض صالحة للمحصولات الأخرى .

وتقرر المادة ٤٤٨ مدنى ، كما رأينا ، أن البائع لا يضمن عيباً جرى العرف على التسامح فيه . فقد يكون العيب مؤثراً على النحو الذى سبق بيانه ، ولكن العرف في التعامل جرى على عدم اعتباره عيباً ، فعند ذلك لا يكون عيباً موجباً للضمان . وقد جرى العرف على التسامح في بعض عيوب القمح من ناحية اشتماله على كمية مألوفة من الأتربة (٢) ، وفي بعض عيوب القطن إذ للقطن مرتبات متدرجة كل مرتبة منها يحددها العرف فمتى استوفى القطن شروط المرتبة التي ينتمى إليها فوجود عيوب فيه لا تخل بشروط هذه المرتبة يكون متسامحاً فيه عرفاً ولا يوجب الضمان(٣) .

---

(١) فالبذور التي يتبين أنها لم تنتج تكون مشوبة بعيب خفي ، وقد يتبين ذلك من مضاهاة الأراضي الزراعية المجاورة التي أنتجت فيها بذور من نوع آخر وقد غرست في جميع الأراضي على نمط واحد (بودرى وسينيا فقرة ٤٢٥ مكررة رابعا) . ويعتبر عيباً خفياً في السندات أن يتبين أنها استهلكت قبل شرائه ، أو أن الشركة التي أصدرتها باطلة أو صفيت (بودرى وسينيا فقرة ٤٢٦ وفقرة ٤٣٩ مكررة، وقارن الأستاذ عبدالمنعم البدراوى فقرة ٥١٥) ، وفي المتجر أنه سحبت رخصته (الأستاذ محمد إمام ص ٣٨٠) أو ساءت سمعته (الأستاذان أحمد نجيب الهلالي وحامد زكي ص ٣٩٧ هامش ١) . وإذا كان المبيع بضاعة يشوبها عيب في الصفة وجب الضمان (استئناف مختلط ١٠ أبريل سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٣٤٧) . وإذا كان المبيع «ورق سجاير» لا يقبل الاحتراق بسهولة ، كان هذا عيباً خفيا موجباً للضمان (استئناف مختلط ١٣ مايو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٤٣٤).

(٢) ووجود بعض مواد غريبة في حب السمسم لا يكون عيباً مؤثراً إذا كان مما يتسامح فيه عرفاً (استئناف مختلط ١٠ يناير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ١٤٦).

(٣) وقد أورد تقنين الموجبات والعقود اللبناني مثلا للعيب الذى يحدد العرف متى يكون عيباً موجباً =

٣٦٦ – (٢) يجب أن يكون العيب قديماً : ولا يكفي العيب أن يكون مؤثراً، بل يجب أيضاً أن يكون قديماً . والمقصود بقدم العيب أن يكون موجوداً في المبيع وقت أن يتسلمه المشترى من البائع . ذلك أن العيب إما أن يكون موجوداً وقت البيع وبقى إلى وقت التسليم ، فيكون إذن موجوداً وقت التسليم ، ويكون البائع مسئولاعن ضمانه . وإما أن يكون العيب قد حدث بعد البيع وقبل التسليم وبقى إلى وقت التسليم ، فيكون أيضاً موجوداً وقت التسليم ، ويكون البائع مسئولا عن ضمانه(١) .

وغنى عن البيان أن العيب الخفي يجب أن يكون موجوداً وقت التسليم حتى لو كان المبيع غير معين بالذات . ويرجع ذلك ، ليس فحسب لأن الوقت الذى يعتد به في وجود العيب الخفي هو وقت التسليم كما سبق القول ، بل أيضاً لأن الشيء غير المعين بالذات وقت البيع لا يتصور أن يكون العيب لاحقاً به في هذا الوقت ، وإنما يتصور لحوق العيب به وقت أن تتعين ذاتيته ، ولا يكون ذلك إلا بالإفراز الذى يقع عادة وقت التسليم . على أنه إذا تراخى التسليم عن الإفراز ولم يكن بالمبيع عيب خفي وقت إفرازه ، ثم لحقه العيب في الفترة ما بين الإفراز والتسليم ، فان البائع يكون مسئولا في هذه الحالة عن ضمان هذا العيب.

ويخلص مما تقدم أن العيب الخفي يجب أن يكون موجوداً دائماً وقت تسليم المبيع للمشترى، ولو لم يكن موجوداً وقت البيع(٢) . ما إذا حدث العيب بالمبيع بعد أن تسلمه المشترى، فإن البائع لا يكون ضامناً له ، ويتحمل المشترى تبعته أو يرجع على من عسى أن يكون مسئولاً عن إحداثه .

= للضمان ومتى يكون متسامحاً فيه ، فنصت المادة ٤٤٣ من هذا التقنين على ما يأتي : «أما إذا كا[ن] المبيع أشياء لا تعرف حقيقة حالها إلا بإحداث تغيير فيها كالأثمار ذات الغلاف اليابس، فالبائع [لا] يضمن عيوبها الخفية إلا إذا ضمنها صراحة أو كان العرف المحلي يوجب عليه هذا الضمان (أنظر آنف[اً] فقرة ٣٦٤ في الهامش) . فالبطيخ والشمام والجوز واللوز والبندق ونحو ذلك يحدد العرف متى يكو[ن] العيب متسامحاً فيه ومتى يكون العيب موجباً للضمان .

(١) والمفروض في هذه الحالة الأخيرة أن المبيع قد لحقه عيب خفي في الفترة ما بين البيع والتسليم، وأ[ن] المشترى حين تسلم المبيع لم يعلم بالعيب ، ومن ثم يكون العيب خفياً ويكون البائع مسئولا عن ضما[نه] بهذا الاعتبار (قارن الأستاذ مصطفى منصور ص ١٩٤ – ص ١٩٦) . أما إذا لحق المبيع بعد البيع وقب[ل] التسليم عيب ظاهر، فالبائع يضمنه كذلك ، ولكن ليس هذا ضمان العيوب الخفية الذى نحن بصدد[ه] إذ العيب ظاهر وليس بخفي ، وانما هو تحمل لتبعة هلاك المبيع أو تعيبه قبل التسليم ، وهي تبع[ة] يتحملها البائع كما سبق القول .

(٢) قارن مع ذلك ما جاء المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى :«... أن يكون هذا العيب موجوداً وق[ت] البيع : وهذا ما يعبر عنه عادة بالعيب القديم» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١١٠) ، وقارن أيـ[ضاً] المادة ٣٢٢/٣٩٧–٣٩٨ من التقنين المدنى السابق ، وهي تنص على أن «المراد بالعيب القديم العيـ[ب] الموجود وقت البيع في المبيع إذا كانت عيناً معينة» (انظر آنفاً فقرة ٣٦٤ في الهامش) .

وقد يوجد سبب العيب أو جرثومته قبل التسليم ، ولكن العيب ذاته لا يحدث إلا بعد التسليم . فإذا كان المبيع حيواناً مثلا ، فقد توجد فيه جرثومة مرض أو «ميكروب» المرض قبل أن يتسلمه المشترى، ثم يحدث المرض بعد أن يتسلمه . فإذا أمكن المشترى أن يثبت ذلك، فان العيب الذى يرجع سببه المباشر إلى ما قبل التسليم يعتبر فى حكم الموجود وقت التسليم ، ومن ثم يضمنه البائع . وقد يوجد بالغلال أو بالخشب بدء تسوس قبل التسليم، ثم ينتشر السوس بعد التسليم ، فهذا عيب قديم يضمنه البائع (١) .

٣٦٧ – (٣) يجب أن يكون العيب خفيا : ولا يكفى أن يكون العيب مؤثراً وقديماً، بل يجب أن يكون خفياً (caché) ، فاذا كان العيب ظاهراً وقت أن تسلمه المشترى ولم يعترض بل رضى أن يتسلمه ، فان البائع لا يضمنه ، لأن المشترى وقد رأى العيب ظاهراً دون أن يعترض يكون قد ارتضاه وأسقط حقه فى التمسك بالضمان .

وتكون العيوب خفية ، كما تقول الفقرة الثانية من المادة ٤٤٧ مدنى، إذا أثبت المشترى أنه كان لا يستطيع أن يتبينها بنفسه أو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادى، ما لم يكن البائع قد أكد له خلو المبيع من هذا العيب ، أو تعمد أخفاء العيب غشاً منه (1) .

---

(١) الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٧٠ – الأستاذ محمد على امام فقرة ٢٢٤ – الأستاذ محمد كامل مرسى ص ٣٣٨ – الأستاذ جميل الشرقاوى ص ٢٧٢ – ص ٢٧٣ – الأستاذ عبدالمنعم البدراوى فقرة ٣٣٩ – الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١٩٨ .

وهذه المسألة فى الفقه الاسلامى ، فى مذهب الشافعى ، مختلف فيها . جاء فى المهذب : «وإن حدث العيب بعد القبض نظرت ، فإن لم يستند إلى سبب قبل القبض لم يثبت له الرد، لأنه دخل المبيع فى ضمانه فلم يرد بالعيب الحادث . وإن استند إلى ما قبل القبض، بأن كان عبداً فسرق أو قطع يداً قبل القبض فقطعت يده بعد القبض ، ففيه وجهان : أحدهما أنه يرد وهو قول أبى إسحاق لأنه قطع بسبب كان قبل القبض . والثانى أنه لا يرد وهو قول أبى على بن أبى هريرة ، لأن القطع وجد فى يد المشترى فلم يرد كما لو لم يستند إلى سبب قبله» (المهذب ١ ص ٢٨٤) .

أما فى فرنسا فالفقه والقضاء متفقان على أنه يعتد بوقت وجود السبب المباشر للعيب وإن لم يحدث العيب إلا بعد ذلك (نقض فرنسى ٨ مارس سنة ١٩٨٢ داللوز ٩٢ – ١ – ٢٠٤ – بودرى وسينيا فقرة ٤٢٢ ص ٤٣٠ – ص ٤٣١ – بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٣١) .

وإذا كان سبب العيب موجوداً قبل التسليم ثم انتشر بعد التسليم ، وجب أن يكون انتشاره غير راجع إلى خطأ المشترى ، وإلا وزعت المسئولية بين البائع والمشترى وفقاً لقواعد الخطأ المشترك (م ٢١٦مدنى) : انظر الأستاذ عبدالفتاح عبدالباقى ص ٢٦٩ – ٢ ٢٧٠ .

(1) يعتبر العيب خفيا متى كان المشترى غير عالم به وغير مستطيع أن يعلمه ، أو إذا لم يكن من الممكن اكتشافه بالفحص المعتاد الذى تعارف الناس على القيام به بل كان يتطلب خبرة خاصة وفحصا معينا، أو كان من السهل اكتشافه بالفحص المعتاد وأثبت المشترى أن البائع قد أكد له خلو المبيع من هذا العيب ، أو أثبت أنه تعمد اخفاء العيب غشا منه ، فاذا كانت محكمة الموضوع قد حصلت – فى استخلاص سائغ – من فهم الواقع فى الدعوى وجود عيب خفى فى المبيع هو وقوعه داخل خط =

ونرى من ذلك؛ أن العيب لا يكون خفياً ، فلا يضمنه البائع ، فى الحالتين الآتيتين :

(أولا) إذا كان ظاهراً وقت أن تسلمه المشترى فرضى به ، فيكون قد نزل عن حقه كما سبق القول (١) .

(ثانياً) إذا لم يكن ظاهراً ، ولكن البائع أثبت أن المشترى كان يستطيع أن يتبين العيب بنفسه لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادى (٢) ، فيكون من المفروض عندئذ أن المشترى قد فحصه فعلا بهذه العناية المطلوبة فتبين وجوده ، وسكت ولم يعترض، فيكون سكوته نزولا عن حقه . ولا يقبل من المشترى فى هذه الحالة أن يثبت أنه لم يفحص المبيع فعلا ولم يتبين وجود العيب ، فإن كل المطلوب منه هو أن يفحص المبيع وقت تسلمه بعناية الرجل العادى، فاذا لم يفعل كان مقصراً ، وهو الذى يحمل تبعة تقصيره . ومن ثم يكون إمكان تبين العيب عند فحص المبيع بعناية الرجل العادى قرينة على أن المشترى قد تبين فعلا وجود العيب عن التسليم (٣) ، وهى قرينة غير قابلة لإثبات العكس إلا بطريقين معينين سيأتى ذكرهما فيما يلى :

ويكون العيب خفياً ، فيضمنه البائع ، فى الحالتين الآتيتين :

(أولا) إذا لم يكن العيب وقت تسلم المشترى للمبيع ظاهراً ولا يمكن للمشترى تبينه لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادى (1) . وهذا معناه أن العيب من الخفاء بحيث لا يمكن أن يتبينه إلا خبير متخصص ، كما إذا اقتضى تبين العيب الالتجاء إلى وسائل فنية ليست فى مقدور الشخص العادى ، أو احتاج إلى معرفة متخصصة ، أو اقتضى تحليلا

= التنظيم من قبل حصول البيع وأن المشترين لم يتبينا وجود هذا العيب عند التعاقد لأنه لا يمكن ظهوره بمجرد فحص المبيع ذاته وأنها لم يكن فى استطاعتهما أن يتبيناه بأنفسهما وقت الشراء لو بذلا عناية الرجل المعتاد – وأنهما لو علما بهذا العيب عند التعاقد لما أقدما على الشراء وخاصة وقد أكد البائع خلو العقار المبيع من كافة الحقوق العينية ظاهرة أو مستترة فإن ما انتهت إليه المحكمة لا مخالفة فيه للقانون .

(جلسة ١٩٦٢/٥/١٤ الطعن ٦ لسنة ٢٧ ق س ١٣ ص ٨٠٨) .

(١) وكون المبيع ليس له مسلك للطريق العام يعتبر عيباً ظاهراً (استئناف مختلط ٧ يناير سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١٠٤) . وإذا كان تلف الأرض المبيعة آتياً من فيضان ظاهر ، فالعيب لا يكون خفياً (استئناف مختلط ١٦ مايو سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٣٤) .

(٢) استئناف مصر ٣١ مارس سنة ١٩٤٦ المجموعة الرسمية ٨ رقم ٨٧ – استئناف مختلط ٨ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ١٣٨ .

(٣) استئناف مختلط ٢ مايو سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٢٧٨ – ٢٧ أبريل سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٢١٦ .

(1) ما دام الحكم قد انتهى إلى أن العيب الذى لحق المبيع كان خفيا فإنه إذا ألقى على البائع عبء اثبات أن المشترى كان يعلم وقت استلام المبيع بهذا العيب وأجاز له أثبات ذلك بكافة الطرق وإذ الزم البائع بضمان هذا العيب بعد أن عجز عن اثبات هذا العلم فإن الحكم لا يكون مخالفا للقانون ذلك =

كيماوياً ، أو نحو ذلك [١] من الأبحاث التي لا يلجأ إليها الناس عادة في المألوف من التعامل، ولا يستطيعها على كل حال الرجل العادى [٢] . أما إذا أمكن تبين العيب بعناية الرجل العادى، لم يكن عيباً خفياً موجباً للضمان [٣] كما سبق القول ، حتى لو كان المشترى بالذات لم يستطع أن يتبين العيب لنقص فى خبرته ينزل بها عن مستوى الخبرة العادية [٤] . فانه يحمل فى هذه الحالة مسئولية تقصيره فى الالتجاء إلى من يسترشد برأيه من الرجال العاديين ، وكان ذلك واجباً عليه نظراً لنقص خبرته [٥] .

(ثانيا) إذا كان المشترى ، بعد أن أثبت البائع أن العيب كان يستطاع تبينه بالفحص المعتاد، أثبت من جهته أحد أمرين : إما أن يكون البائع قد أكد له خلو المبيع من العيب

= أنه متى كان العيب خفيا فيفترض أن المشترى لا يعلم به فإذا اراد البائع التخلص من الضمان فعليه هو عبء اثبات أن المشترى كان يعلم بالعيب وقت تسليم المبيع .

(جلسة ١٩٦٦/١٠/٢٠ الطعن ٣٨٤ لسنة ٣٣ ق س ١٧ ص ١٥٥٢)

(١) كحفر الأساس لاختبار متانة البناء (استئناف مختلط ٢١ يونيه سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤٥٦).

(٢) كعيوب فى السيارة أو فى الآلات الميكانيكية التى لا يمكن كشفها إلا بعد استعمال الشئ مدة غير قصيرة (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٣٠ ص ١٤٦) ، وككثرة الأملاح فى الأرض الزراعية أو ضعف قوة الحريق الناتج من الفحم (الأستاذ محمد على امام ص ٣٧٩) ، وكضعف احتمال الحديد (الأستاذ منصور مصطفى منصور ص ٢٠٥) .

(٣) استئناف مختلط ٢٤ أبريل سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٥٧ – ٦ فبراير سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١٣٥.

(٤) استئناف مصر ١٤ أبريل سنة ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٢٧ رقم ١ ص ١ .

(٥) بودرى وسينيا فقرة ٤١٨ ص٤٢٦ – بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٣٠ – الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٧٢ – الأستاذ محمد على امام ص ٣٧٩ – الأستاذ عبدالفتاح عبدالباقى ص ٢٧١ – الأستاذان أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى ٣٩٧ هامش ٢ .

فاذا كان المبيع أرضاً زراعية ، لم يصح للمشترى أن يتمسك بعيوب فى الأرض يستطيع أن يتبينها الشخص الخبير خبرة مألوفة بالأراضى الزراعية ولم يتبينها هو لنقص خبرته . وإذا كان المبيع بناء، لم يصح أن يتمسك بعيوب فى البناء يستطيع أن يتبينها المهندس المعمارى عن طريق الفحص المعتاد المألوف (بودرى وسينيا فقرة ٤١٨ ص ٤٢٦ – بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٣٠) وقد قضت محكمة النقض بأن العيب يعتبر فى حكم القانون ظاهراً متى كان يدركه النظر اليقظ ولو لم يكن فى متناول إدراك غيره . فليس معيار الظهور فى العيب معياراً شخصياً يتفاوت بتفاوت المستوى فى الأنظار المختلفة، بل معياراً متعيناً بذاته مقدراً بمستوى نظر الشخص الفطن المتنبه للأمور . فإذا ما أثبت الحكم أن عدم إنبات البذور التى هى محل الدعوى إنما يرجع إلى تسوس بعضها ، وأثبت أن المشترى ، وهو عمدة ومن كبار المزارعين ، لا يصعب عليه كشف تسوس هذه البذور عند ورودها إليه ، ثم خلص من ذلك إلى القول بأن العيب كان ظاهراً ، وأسس على ذلك قضاءه برفض دعوى المشترى ، فانه لا يكون قد خالف القانون (نقض مدنى ٤ ديسمبرسنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٣٩ ص ٥٠٠ – أنظر أيضاً استئناف مختلط ١٠ ديسمبر سنة ١٨٩٠ م ٣ ص ٧٠ – ٢٠ مايو سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٣٥٤).

المعين الذى وجد بعد ذلك بالمبيع ، وإما أن البائع قد تعمد إخفاء هذا العيب غشاً منه. ففى الأمر الأول ، وقد أكد البائع للمشترى خلو المبيع من العيب ، يكون هذا بمثابة اتفاق ضمنى بين المتبايعين على أن البائع يضمن هذا العيب بالذات للمشترى إذا ظهر بالمبيع. وعند ذلك لا يكلف المشترى نفسه مؤونة فحص المبيع ولو بعناية الرجل المعتاد، مطمئناً إلى تأكيد البائع ، ومعتمداً فى كل حال على أن البائع قد ضمن له هذا العيب فلو ظهر فى المبيع رجع عليه بالضمان . ويبدو من ذلك أنه لا يكفى أن يؤكد البائع للمشترى خلو المبيع من العيوب بوجه عام ، بل يجب أن يؤكد خلو المبيع من عيب معين أو عيوب معينة بالذات(1) . وفى الأمر الثانى ، وقد تعمد البائع أخفاء العيب غشاً منه ، يكون قد ارتكب خطأ يستغرق خطأ المشترى فى عدم فحص المبيع بالعناية المعتادة ، ويعتبر العيب فى هذا الفرض خفياً ولو أنه كان يستطاع تبينه بالفحص المعتاد ، فيضمنه البائع (١).

بقى بعد ذلك أن نفرض أن العيب كان ظاهراً ، أو كان غير ظاهر ولكن يمكن تبينه(2) ، أو كان لا يستطيع أن يحسب لو أنه فحص المبيع فتبينه أنه يخل بمنفعة من

---

(١) مثل ذلك وضع نوع خاص من البنزين فى السيارة عند تجربتها بقصد أخفاء عيب فى محركها، أو بيع آلة مكسورة بعد لحمها ودهانها بطلاء يخفى عيبها (الأستاذ محمد على إمام ص ٣٨٠) .

(1) ضمان البائع للمشترى فى اغلال المبيع قدرا معيناً من الريع يعتبر كفالة من المشترى لصفه فى المبيع مما تعنيه المادة ٤٤٧ من القانون المدنى بقولها «يكون البائع ملزما بالضمان إذا لم يتوافر فى المبيع وقت التسليم الصفات التى كفلها للمشترى وجودها فيه» وتخلف الصفة التى كفل البائع وجودها فى المبيع وان لم يكن عيبا فى المبيع بمعناه التقليدى الدقيق لان العيب الخفى كما عرفته محكمة النقض هو الآفة الطارئة التي تخلو منها الفطرة السليمة للمبيع ، إلا أنه وقد الحق المشرع حالة تخلف الصفة بالعيب الخفى وأجرى عليها احكامه فيما يختص بقواعد الضمان ، فان رجوع المشترى على البائع فى حالة تخلف صفة فى المبيع كفل له البائع وجودها فيه انما يكون بدعوى ضمان العيوب الخفية، ولا يكون للمشترى أن يرجع على البائع على أساس أنه قد أخل بالتزام آخر مستقل عن التزامه بالضمان، واذا كان القانون قد اشترط فى العيب الذى يضمنه البائع أن يكون مؤثراً وخفياً إلاأنه لم يشترط ذلك فى حالة تخلف الصفة التى كفل البائع للمشترى وجودها فى المبيع ، فمجرد ثبوت عدم توافر هذه الصفة فى المبيع وقت التسليم موجب لضمان البائع متى قام المشترى باخطاره وذلك أيا كانت أهمية الصفة التى تخلفت وسواء كان المشترى يعلم بتخلفها وقت البيع أو لا يعلم ، يستطيع تبنيها أو لا يستطيع .

(جلسة ١٩٧٥/١٠/٢٨ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٦ ص ١٣٤٥)

(جلسة ١٩٧٠/٤/٢٣ مجموعة أحكام النقض السنة ٢١ ص ٦٩٧)

(جلسة ١٩٦٩/٥/١٥ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٠ ص ٧٩٦)

(2) العيب يعتبر فى حكم القانون ظاهرا متى كان يدرك النظر اليقظ ولو لم يكن فى متناول إدراك غيره فليس معيار الظهور فى العيب معياراً شخصيا يتفاوت بتفاوت المستوى فى الأنظار المختلفة بل معيارا =

المنافع المقصودة من المبيع ، بل حسب أنه أمر غير ذى بال ، ثم ظهر بعد ذلك أنه عيب مؤثر يخل بمنفعة من المنافع المقصودة ويجعل المبيع غير صالح صلاحية كاملة للغرض الذى اشتراه من أجله . فهل يكون علم المشترى بالعيب على هذا النحو ، أو استطاعته العلم به ، مسقطاً للضمان ؟ يبدو أنه لا يكفى ظهور العيب أو إمكان ظهوره بالفحص المعتاد حتى يفترض أن المشترى قد رضى به ما دام لم يعترض ، بل يجب فرق ذلك أن يكون المشترى وقت أن سكت عن العيب كان يعتقد أنه عيب مؤثر يخل بالمنافع المقصودة من المبيع . ولكن المشترى هو الذى يحمل عبء الأثبات ، فاذا سكت عن العيب افترض رضاؤه به، إلا إذا أثبت أنه كان يعتقد أن العيب غير مؤثر وأثبت فى الوقت ذاته أن الشخص العادى لا يستطيع أن يدرك أن العيب مؤثر بل يقتضى إدراك ذلك معرفة فنية متخصصة (١).

٣٦٨ – (٤) يجب أن يكون العيب غير معلوم للمشترى : وحتى لو كان العيب خفياً على النحو الذى بيناه ، فانه لا يكون عيباً موجباً للضمان إذا ثبت أن المشترى كان يعلمه بالفعل وقت تسلم المبيع بالرغم من خفائه . فان علم المشترى بالعيب وسكوته عليه يعد رضاء منه به ، ونزولا عن حقه فى الرجوع بالضمان . وهذا ما ينص عليه صراحة صدر الفقرة الثانية من المادة ٤٤٧ مدنى فيما رأينا: «ومع ذلك لا يضمن البائع العيوب التى كان المشترى يعرفها وقت البيع» .

وما دام العيب خفياً ، فالمفروض أن المشترى لا يعلم به ، فاذا أراد البائع التخلص من الضمان . فعليه هو عبء إثبات أن المشترى كان يعلم به وقت التسليم(٢) . والعلم واقعة مادية يستطيع البائع أن يثبتها بجميع طرق الإثبات ، ويدخل فى ذلك البينة والقرائن (٣).

= متعينا بذاته مقدرا بمستوى نظر الشخص الفطن المتنبه للأمور ، فإذا ما أثبت الحكم أن عدم إنبات البذور التى هى محل الدعوى انما يرجع إلى تسوس بعضها ، وأثبت أن المشترى – وهو عمدة ومن كبار الزراعين لا يصعب عليه كشف تسوس هذه البذور عنه ورودها إليه ، ثم خلص من ذلك إلى القول بأن العيب كان ظاهر أو أسس علي ذلك قضاءه برفض دعوى المشترى فإنه لا يكون قد خالف القانون.

(جلسة ١٩٤٧/١٢/٤ طعن ١٠٢ لسنة ١٦ ق)

(١) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٣٠ – ص ١٤٦ – ص ١٤٧.

(٢) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٣٠ .

(٣) إذا كان العيب من الذيوع والانتشار بحيث يكون من المعقول أن المشترى يتوقع أنه يلحق المبيع، فالمفروض أن المشترى يعلم بمثل هذا العيب ، ويكون عليه هو عبء إثبات أنه كان يجهله . ويحسن إذن فى هذه الحالة أن يشترط المشترى على البائع ضمان مثل هذا العيب إذ أراد أن يتخلص من عبء الإثبات . ويفرض فى الأشياء المستعملة إذا بيعت أنها لا تخلو من العيوب المألوفة فى الأشياء القديمة، فإذا ادعى المشترى أنه لم يكن يعلم بعيب من هذه العيوب المألوفة فعليه هو عبء إثبات ذلك ، إلا إذا اشترط على البائع ضمانها بالذات . على أن هذا مقصور على العيوب المألوفة فى الأشياء القديمة، أما ما كان من العيوب غير مألوف فعبء الإثبات فيه يقع على البائع لا على المشترى (بودرى وسينيا فقرة =

وقد يكون العيب موجوداً وقت البيع والمشترى لا يعلم به ، ولكنه إذا علم به وقت التسليم ولم يعترض ، سقط ضمان البائع . فالعيب الموجود فى المبيع وقت البيع يجب إذن، حتي يضمنه البائع ، أن يكون المشترى لا يعلمه لا وقت البيع ولا وقت التسليم ، فاذا أثبت البائع أن المشترى كان يعلمه فى أى وقت من هذين الوقتين لم يكن ضامناً . أما العيب الذى حدث ما بين البيع والتسليم ، فيجب أن يثبت البائع حتي يسقط عنه الضمان أن المشترى كان عالماً به وقت التسليم ، فاذا لم يثبت ذلك افترض أن المشترى كان وقت أن تسلم المبيع غير عالم به ووجب الضمان (١)(1).

= ٤٢٠ – بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٣٢).

ويترتب على ما تقدم أن المشترى مفروض فيه أن يعلم أن مستأجر الدار له الحق فى طلب انقاص الأجرة إلى الحد القانونى الذى يسمح به قانون إيجار الأماكن ، فلا يستطيع أن يحتج بذلك على البائع إلا إذا أثبت أنه كان يجهل أن الأجرة تزيد على الحد القانونى أو إذا حصل على ضمان البائع لهذه الأجرة (بلانيول وريبير وهامل ١٠ ص ١٤٨ هامش رقم ١) .

(١) قارن الأستاذ منصور مصطفى منصور ص ٢٠٢ هامش رقم ١ – والعلم الواجب إثباته يجب أن يكون علماً يقينياً لا علم على سبيل الحدس . وقد قضت محكمة النقض فى شأن العلم بالعيوب الخفية المسقط لدعوى الضمان فى عهد التقنين المدنى السابق ، بأن العلم المراد للشارع فى المادة ٣٢٤ مدنى (٤٥٢ مدنى جديد) هو العلم الحقيقي دون العلم بالتشكيك . فاذا كانت محكمة الاستئناف قد رأت مما حصلته من فهم الواقع فى الدعوى أن المشترى ما كان يعلم حقاً ، عند تحريره خطاباً للبائع يخبره فيه بما ظهر من العيب فى البذور التى اشتراها ، أن هذه البذور معيبة بذلك العيب القديم الخفى الذى يستلزم فسخ البيع ورد الثمن وإلزام البائع بما قد يلزمه قانوناً من التضمينات، وأنه لم يعلم به إلا من تقرير خبير دعوى إثبات الحالة ، ثم قبلت المحكمة دعوى الضمان التى رفعها المشترى بعد تقديم تقرير الخبير بثلاثة أيام ، ورفضت الدفع بسقوطها على اعتبار أن العلم بالعيب الذى ينم عنه خطابه الذى أرسله للبائع لم يكن علماً حقيقياً ، فإنها تكون قد أصابت فى قبول الدعوى ورفض الدفع بسقوطها (نقض مدنى ٢٨ مارس سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٤٢ ص ٦٦٥) . وقضت استئناف مصر بأن مجرد الظن أو العلم غير القاطع لا يعتبر علماً موجباً لسقوط الضمان (استئناف مصر ٢٣ فبراير سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٣٧ ص ٩٤).

(1) أ – العلم المسقط لدعوى الضمان للعيب الخفى هو العلم الحقيقى دون العلم الافتراضى ، ومن ثم فإن نشر مرسوم اعتماد وقوع العقار المبيع داخل خط التنظيم بالجريدة الرسمية لا يدل بذاته على علم المشترى بهذا العيب .

(جلسة ١٩٦٢/٥/١٤ الطعن ٦ لسنة ٢٧ ق س ١٣ ص ٨٠٨)

بنفس المعنى ١٩٥٣/١٢/٢٤ ، ١٩٣٥/٣/٢٨ مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض فى الـ ٢٥ عاما قاعدة ٢٩٧ ، قاعدة ٩٨ ص ٣٦٠)

ب – دعوى المشترى بمطالبة البائعين بتعويض الاضرار التى لحقت نتيجة اخلالهم بالتزاماتهم التعاقدية الناشئة عن عقد البيع من وجوب توفير مياه الرى بالكمية والضغط اللازمين لتشغيل أجهزة الرى المحورى. أساسها الأحكام العامة للمسئولية العقدية . عدم اعتبارها دعوى بضمان العيوب الخفية. =

ولما كان جهل المشترى للعيب وقت التسليم شرطاً للضمان ، فانه يغلب أن يكون المشترى، وقد جهل العيب اللاحق بالمبيع ، قد وقع فى غلط جوهرى، فتتلاقى دعوى ضمان العيب مع دعوى الغلط ، ويكون للمشترى أن يختار بين الدعويين . وسنعود إلى هذه المسألة بتفصيل أوفى عند تمييز دعوى ضمان العيب عن دعوى الغلط .

وإذا كان علم المشترى بالعيب يؤثر فى الضمان ، فيضمن البائع العيب إذا كان المشترى غير عالم به ولا يضمنه إذا جهله ، فان علم البائع بالعيب لاأثر له فى مبدأ الضمان. فالبائع يضمن العيب ، سواء كان عالماً به أو غير عالم . وتنص العبارة الأخيرة من الفقرة الأولى من المادة ٤٤٧ صراحة على هذا الحكم إذ تقول : «ويضمن البائع هذا العيب ولو لم يكن عالماً بوجوده» . ولكن علم البائع بالعيب أو جهله به يؤثر فى الاتفاق على تعديل أحكام الضمان بالتشديد أو بالتخفيف أو بالإسقاط على النحو الذى سنفصله فيما يلى. وقد يؤثر أيضاً فى مقدار التعويض الذى يستحقه المشترى بسبب العيب الخفى، وفى إطالة مدة التقادم إلى خمس عشرة سنة إذا اقترن العلم بالغش .

٣٦٩ – (ب) – المدين فى ضمان العيوب الخفية – قابلية الضمان للانقسام : المدين فى ضمان العيوب الخفيـة هـو البائـع . ولا ينتقل التزامـه إلى وارثـه ، بل يبقـى هذا الالتزام ديناً فى التركة . فاذا مـات البائـع ، رجع المشتـرى بضمـان العيب الخفى ، لا على الورثة ، بل على التركة ذاتهـا ، فاذا ما تقاضـى منهـا التعويض المستحق، أخذ الورثة ما بقى من التركة بعد سداد جميع الديون ومن بينها الدين الخاص بضمان العيب الخفى .

ولا يتصور انتقال ضمان العيوب الخفية إلى خلف البائع الخاص فى العين المبيعة.

ويتحمل دائن البائع التزام البائع بضمان العيوب الخفية على الوجه المقرر فى القواعد العامة ، ذلك أن المشترى يصبح هو أيضاً دائناً للبائع بضمان العيوب الخفية، فيشارك سائر دائنى البائع مشاركة الغرماء .

ويكون كفيل البائع ملزماً مثله بضمان العيوب الخفية. ويجوز للمشترى أن يرجع عليه بهذا الضمان طبقاً للقواعد المقررة فى الكفالة .

ودعوى ضمان العيوب الخفية ، وهى فى صورتيها تنتهى إلى تعويض كما سنرى، قابلة للانقسام [1] . فاذا باع شخصان عيناً شائعة بينهما ، كان للمشترى أن يرجع بضمان

= أثرها تقادمها بمضى خمس عشرة سنة . قضاء الحكم المطعون فيه باعتبارها دعوى بضمان العيوب الخفية وبتقادمها طبقا للمادة ٤٥٢ مدنى خطأ .

(جلسة ٢٠٠٠/٤/٢٧ الطعن ٦٨٢٦ لسنة ٦٢ ق)

(١) بودرى وسينيا فقرة ٤٤٠ مكررة – أنسيكلوبيدى داللوز ٥ لفظ Vice Réd فقرة ٨٥.

العيب على البائعين كل بقدر نصيبه فى المبيع ، ولا يجوز له أن يرجع على واحد منهما بالضمان كله ، لأن ضمان العيب ينقسم عليهما كما سبق القول . ويستثنى من ذلك بطبيعة الحال ما إذا كان البائعان قد تضامنا فى التزامهما نحو المشترى ، فيرجع المشترى عندئذ على أى منهما بضمان العيوب طبقاً للقواعد المقررة فى التضامن .

٣٧٠ – (جـ) الدائن فى ضمان العيوب الخفية – قابلية الضمان للانقسام : الدائن فى ضمان العيـوب الخفيـة هـو المشترى . وينتـقل حقه إلى الوارث ، فلو مات المشترى جاز لورثته الرجوع بضمان العيب على البائع كما كان يرجع مورثهم ، وينقسم الضمان بينهم كل بقدر نصيبه فى العين ، ولكن يجوز للبائـع فى هذه الحالة أن يطالبهم بالاتفاق على رد العين المبيـعة ، فلا يرد عليه بعض الورثة جزءاً من العين حتـى لا تتفرق عليه الصفقة [1] .

وينتقل حق المشترى أيضاً إلى خلفه الخاص ، فلو أن المشترى باع العين المعيبة إلى مشتر ثان ، كان لهذا المشترى الثانى – وهو الخلف الخاص للمشترى الأول فى العين – أن يرجع بدعوى سلفه المشترى الأول على البائع ، ذلك أن هذه الدعوى قد انتقلت مع المبيع من المشترى الأول إلى المشترى الثانى [2] . ومن ثم يكون للمشترى الثانى ، لضمان العيوب الخفية ، دعاوى ثلاث : (١) دعواه الشخصية ضد المشترى الأول بضمان العيب الخفى، وهى الدعوى التى استمدها من عقد البيع الثانى الذى أبرم بينه وبين المشترى الأول، ومدة التقادم فيها تسرى من وقت أن تسلم المبيع من المشترى الأول . (٢) الدعوى غير المباشرة التى يرفعها باسم المشترى الأول على البائع ، ويشترك معه فيها سائر دائنى المشترى الأول، وتسرى مدة التقادم من وقت أن تسلم المشترى الأول المبيع من البائع . (٣) الدعوى المباشرة وهى دعوى المشترى الأول نفسها ضد البائع بضمان العيب ، وقد نشأت من عقد البيع الأول الذى أبرم بين البائع والمشترى الأول ، وانتقلت بعقد البيع الثانى من المشترى الأول إلى المشترى الثانى ، وقد أشرنا إليها فيما تقدم . وهذه الدعوى تختلف عن الدعوى غير المباشرة فى أنه لا يزاحم فيها المشترى الثانى سائر دائنى المشترى الأول ، وتتفق معها فى أن مدة التقادم تسرى من قت أن تسلم المشترى الأول المبيع من البائع . وتمتاز الدعوى المباشرة هذه أيضاً بأنها تبقى ثابتة للمشترى الثانى حتى لو لم يكن له حق الرجوع بضمان العيب على المشترى الأول ، كأن كان هذا المشترى قد اشترط عدم الضمان . ويلاحظ أن المشترى الثانى إذا رفع دعواه الشخصية فى الضمان على المشترى الأول – وهى الدعوى الأولى من هذه الدعاوى الثلاث – جاز للمشترى الأول أن يدخل البائع ضامناً فى هذه الدعوى .

(١) بودرى وسينيا فقرة ٤٤٠ مكررة – قارن أنسيكلوبيدى داللوز ٥ لفظ Vice Réd فقرة ٨٥ .

(٢) أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٥ مكررة ص ٨٧ .

والمفرض طبعاً في كل ما قدمناه أن العيب قد حدث بالمبيع قبل أن يتسلم المشترى الأول المبيع من البائع ، حتى يكون البائع ضامناً هذا العيب لكل من المشترى الأول والمشترى الثاني (١).

ويستفيد دائن المشترى من ضمان البائع للعيب عن طريق الدعوى غير المباشرة، فيجوز لهذا الدائن أن يرفع باسم المشترى دعوى ضمان العيب على البائع طبقاً للقواعد المقررة في الدعوى غير المباشرة .

٣٧١ – (د) البيع الذى ينشئ ضمان العيوب الخفية : نص قانوني : تنص المادة ٤٥٤ من التقنين المدني على ما يأتي :

«لا ضمان للعيب في البيوع القضائية ولا في البيوع الإدارية إذا كانت بالمزاد»(٢).

والسبب في ذلك ، كما تقول المذكرة الإيضاحية ، أن البيع بالمزاد، سواء من جهة القضاء أو من جهة الإدارة ، «قد أعلن عنه ، وأتيحت الفرصة للمزايدين أن يفحصوا الشئ قبل الإقدام على المزايدة ، فيحسن بعد أن اتخذت كل هذه الإجراءات ألا يفسخ البيع لسبب كان يمكن توقيه ، فتعاد إجراءات طويلة بمصروفات جديدة يتحمل عبأها المدين»(٣).

(١) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٣٨ – وكذلك المفروض أن العيب قد ظل خفياً على المشترى الثاني. فلو أن المشترى الثاني قد كشفه قبل تسلم المبيع وسكت ، لم يكن له الرجوع بضمان العيب لا على المشترى الأول ولا على البائع (بودرى وسينيا فقرة ٤٣٢ – الأستاذ محمد على أمام ص ٣٨٨).

(٢) **تاريخ النص** : ورد هذا النص في المادة ٦٠٠ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٤٦٧ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٥٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٢٨ – ص ١٢٩).

ويقابل النص في **التقنين المدني السابق** المادة ٣٢٧/٤٠٥ ، وكانت تجرى على الوجه الآتي : «ولا تسمح دعوى الضمان بسبب العيوب الخفية فيما بيع بمعرفة المحكمة أو جهات الإدارة بطريق المزاد». والحكم متفق مع حكم التقنين الجديد.

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : **التقنين المدني السوري** م ٤٢٢ (مطابقة للمادة ٤٥٤ مصري. وانظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٢٠٧).

التقنين المدني الليبي م ٤٤٣ (مطابقة للمادة ٤٥٤ مصري).

التقنين المدني العراقي م ٥٦٩ : لا تسمع دعوى الضمان فيما بيع بمعرفة المحكمة أو الجهات الحكومية الأخرى بطريق المزايدة العلنية . (ويتفق هذا الحكم مع حكم التقنين المصري – وانظر في القانون المدني العراقي الأستاذ حسن الذنون فقرة ٢٥٥ – الأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٥٣٤ – فقرة ٥٣٧).

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٤٦٤ : لاوجه لإقامة دعوى الرد في البيوع التي تجريها السلطة القضائية (ولم يذكر التقنين اللبناني البيوع الإدارية بالمزاد).

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٢٩ .

ثم لا ضمان للعيب في البيوع التي يتحتم أجراءها قضاء عن طريق المزاد ، كبيع أموال المدين تنفيذاً للديون التي في ذمته ، وكبيع أموال القاصر والمحجور في المزاد . وكذلك لا ضمان للعيب في البيوع التي تجريها الإدارة بالمزاد ، لاقتضاء الضرائب مثلا . وقد رأينا أن ضمان التعرض والاستحقاق ، بخلاف ضمان العيب ، يقوم في كل هذه البيوع .

أما البيوع الاختيارية ، حتى لو أجريت بطريق المزاد كبيع العين الشائعة بالمزاد لعدم إمكان قسمتها (licitation) ، فيقوم فيها ضمان العيب(١) .

وفيما عدا البيوع القضائية والبيوع الإدارية إذا كانت بالمزاد ، يقوم ضمان العيب في أى بيع أخر ، يستوى في ذلك البيع المسجل والبيع غير المسجل . ويستوى كذلك أن يكون محل البيع عقاراً(٢) أو منقولا (٣)، شيئاً مادياً أو شيئاً غير مادي (٤). كما يجوز للشفيع – وقد حل محل المشترى – أن يرجع بضمان العيب على البائع . ويجوز أن يرجع بضمان العيب أيضاً المسترد لحصة شائعة في منقول باعها شريك في الشيوع لأجنبي (م ٨٣٣ مدني) (٥).

٢ – ما يترتب على قيام ضمان العيوب الخفية

٣٧٢ – دعوى الضمان وما يسبقها من اخطار – إذا وجد بالمبيع عيب توافرت فيه الشروط المتقدمة الذكر ، وجب على المشترى المبادرة إلى أخطار البائع به ، ثم له بعد ذلك،

(١) بودرى وسينيا فقرة ٤٣١ – بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٢٧ – بلانيول وريبير وبولانجيه ، فقرة ٢٤٧٩ – كولان وكابيتان ٢ فقرة ٩٢٤ – جوسران ٢ فقرة ١١٢٣ – الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٨٢ – الأستاذ محمد على إمام فقرة ٢٢٥ – الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ١٩٤ – الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٩٠ .

(٢) فيقوم ضمان العيب في البناء ، وفي الأرض الفضاء ، وفي الأرض الزراعية ، وفي غير ذلك من العقارات .

(٣) فيقوم ضمان العيب في الأغذية ، والحيوانات ، والحبوب والمحصولات المختلفة ، والمشروبات المتنوعة ، وفي غير ذلك من المنقولات .

(٤) فيقوم ضمان العيب في المتاجر ، والأسهم والسندات ، والحقوق الشخصية ، وفي غير ذلك من الأشياء غير المادة (أنظر بودرى وسينيا فقرة ٣٢٦ – فقرة ٤٣٠) .

(٥) وقضت محكمة النقض بأن أحكام العيب الخفي في باب البيع لا تنطبق في عقد المقاولة غير المختلط بالبيع ، وهو العقد الذي يقوم فيه رب العمل بتقديم جميع الأدوات اللازمة (نقض مدني ١٤ ديسمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٢٩ ص ١٥٣). أنظر في هذه المسألة تعليق بلانيول في داللوز ١٩١٢ – ١ – ١١٣ على حكمين صادرين من محكمة النقض الفرنسية في ١٨ أكتوبر سنة ١٩١١ قضيا بنفس المبدأ (آنفاً فقرة ٣٦١ في الهامش) .

أن يرجع عليه بدعوى الضمان ويجب رفعها خلال مدة قصيرة وإلا سقطت بالتقادم .

فنبحث إذن مسائل ثلاثاً : (١) أخطار البائع بالعيب (٢) دعوى الضمان (٣) سقوطها بالتقادم .

٣٧٣ – اخطار البائع بالعيب – النصوص القانونية – تنص المادة ٤٤٩ من التقنين المدني على ما يأتي :

«١– إذا تسلم المشترى المبيع ، وجب عليه التحقق من حالته بمجرد أن يتمكن من ذلك ، وفقا للمألوف في التعامل . فاذا كشف عيباً يضمنه البائع ، وجب عليه أن يخطره به خلال مدة معقولة ، فان لم يفعل اعتبر قابلاً للمبيع» .

«٢– أما إذا كان العيب مما لا يمكن الكشف عنه بالفحص المعتاد ثم كشفه المشترى، وجب عليه أن يخطر به البائع بمجرد ظهوره ، وإلا اعتبر قابلا للمبيع بما فيه من عيب»[(١)] .

---

(١) **تاريخ النص** : ورد هذا النص في المادة ٥٩٥ من المشروع التمهيدى، وكان هذا المشروع يتضمن فقرة ثالثة هذا نصها : «على أنه إذا تعمد البائع تضليل المشترى ، فلا يجوز له أن يحتج بأنه لم يخطر بالعيب في الوقت الملائم» . وفي لجنة المراجعة حذفت هذه الفقرة الثالثة ، لأن حكمها مستفاد من القواعد العامة ، واستبدل بعبارة «وجب عليه أن يبادر بإخطاره عنه» في الفقرة الأولى عبارة «وجب عليه أن يخطره به خلال مدة معقولة» ، وأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد وصار رقمه ٤٦٢ في المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٤٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٥٥ – ص ١١٧) .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، وقد كان هذا التقنين بدلا من الإخطار يجعل مدة تقادم دعوى الضمان قصيرة جداً ، فقد كانت ثمانية أيام من وقت علم المشترى بالعيب .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى

التقنين المدني السورى م ٤١٧ (مطابقة للمادة ٤٤٩ مصرى) .

التقنين المدني الليبي م ٤٣٨ (مطابقة للمادة ٤٤٩ مصرى) .

التقنين المدني العراقي م ٥٦٠ (مطابقة للمادة ٤٤٩ مصرى– وانظر في القانون المدني العراقي الأستاذ حسن الذنون فقرة ٢٥٦ – والأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٥٣٢ – فقرة ٥٣٣) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٤٤٦ : إذا كان المبيع من منقولات غير الحيوانات ، وجب على المشترى أن ينظر في حالة المبيع على أثر استلامه ، وأن يخبر البائع بلا إبطاء في خلال السبعة الأيام التى تلى الاستلام عن كل عيب يجب على البائع ضمانه ، وإلا فالمبيع يعد مقبولا ما لم تكن العيوب مما لا يعرف بفحص عادى أو تكن هناك موانع لا علاقة لها بمشيئة المشترى حالت دون النظر في حالة المبيع. وفي مثل هذا الموقف يجب إبلاغ عيوب المبيع إلى البائع على أثر اكتشافها، وإلا عد المبيع مقبولا، غير أنه لا يحق للبائع السيء النية أن يتذرع بهذا الحكم الأخير . =

ويخلص من هذا النص أن المشترى تجب عليه المبادرة بإخطار البائع بالعيب عند كشفه. والسياسة التشريعية في ضمان العيب الخفي قائمة على عدم التراخي في اتخاذ الإجراءات اللازمة لإثبات العيب والمبادرة إلى رفع دعوى الضمان ، لأن الإبطاء في شئ من ذلك قد يجعل إثبات العيب عسيراً ، وقد تتعذر معرفة منشأة وهل كان موجوداً عند التسليم أو حدث بعده ، فينفتح باب المنازعات ويتسع المجال لادعاءات من جهة كل من المتبايعين ، وبخاصة من المشترى فقد يدعى بعد مدة طويلة أن بالمبيع عيباً كان موجوداً عند التسليم ويتخذ هذا الادعاء تكئة للرجوع في الصفقة . فحتى يستقر التعامل وتنحسم أوجه النزاع ، أوجب المشرع على المشترى أن يبادر إلى إخطار البائع بالعيب بمجرد كشفه ، ثم جعل مدة التقادم في دعوى الضمان قصيرة ، فهى سنة واحدة من وقت تسلم المشترى للمبيع كما سنرى. وبهذه الإجراءات السريعة والمدد القصيرة تتميز دعوى ضمان العيب الخفي عن غيرها من الدعاوى التي تتلاقى معها كدعوى الإبطال للغلط ودعوى الفسخ لعدم التنفيذ .

على أنه إذا تسلم المشترى المبيع ، ولو كان به عيب ظاهر أو عيب في حكم الظاهر مما يتمكن من تبينه بالفحص المعتاد ، لم يعتبر بمجرد التسليم قابلا بالعيب . فقد أعطى مهلة،

= م ٤٤٧ : يجب على المشترى بلا إبطاء أن يطلب بعريضة معاينة المبيع بواسطة خبير يعينه رئيس المحكمة ذات الصلاحية . وإذا لم تجر المعاينة بمقتضى الأصول ، فعلى المشترى أن يثبت وجود العيب عند الاستلام. ولا تطلب المعاينة إذا كان البيع منعقداً بحسب نموذج لم يقم خلاف على ماهيته. وإذا كانت البضاعة واردة من بلد آخر لم يكن للبائع وكيل في محل استلامها ، وجب على المشترى أن يتخذ الحيطة للمحافظة على البضاعة مؤقتاً . وإذا خيف من تلف سريع ، كان من حق المشترى أن يطلب بيع تلك البضاعة بناء على ترخيص يطلب بعريضة من رئيس محكمة المحل الذى تكون فيه البضاعة بعد إجراء المعاينة المتقدم ذكرها . وإذا كانت مصلحة البائع تقتضى هذا البيع ، كان الواجب المحتم على المشترى أن يجريه على هذا المنوال . ويلزمه أن يخبر البائع بلا إبطاء عن كل ما تقدم ، وإلا كان ضامنا للعطل والضرر .

م ٤٤٨ : في الحالة المنصوص عليها في المادة السابقة تكون مصاريف إرجاع البضاعة على البائع .

(والتقنين اللبناني فيما يختص بالمنقول غير الحيوان يتفق مع التقنين المصرى في الأحكام التى وردت في التقنين المصرى، ويزيد عليه أحكاماً أخرى يقصد بها إعداد الدليل على العيب قطعاً للنزاع ، واتخاذ الإجراءات الضرورية للمحافظة على مصلحة البائع من نحو بيع البضاعة المعينة إذا خيف عليها التلف أو اقتضى البيع مصلحة البائع . وكل هذه الأحكام يمكن اعتبارها تطبيقاً للقواعد العامة) .

له فيهـا ، بل يجـب عليه فيهـا ، التحقـق من حالة المبيع عـن طريق الفحص المعتاد ، وهذه المهلة حددها المشرع بأنها المهلة المعتادة وفقاً للمـألوف في التعامل . فاذا اشترى شخص قماشاً من تاجر ، فالغالب أن يكـون هذا القماش مطوياً ، فاذا كان فيه عيب ظاهر أو فى حكم الظاهر، لم يعتبر المشترى راضـياً به بمجرد تسلمه القـماش المطوى ، وإنما يكون ذلك إذا ذهب بالقماش إلى منزله أو إلي متجره ، وفي خلال المدة المألوفة في التعامل نشر القماش المطوى وفحصه فلم يجد به عيـباً أو وجـده عن طريق الفحص المعتاد ، فسكت ولم يخطر به البائع فى مدة معقولة ، هى أيضاً متروكة للمـألوف فـى التعامـل . وإذا اشترى شخص سيارة، فانه لا يعتبر قابلا بما فيها من عيب ظاهر أو فى حكم الظاهر بمجرد تسلمها ، بل لابد من مدة معقولة تمضى وفقا للمألوف فى التعامل يتمكن فيها المشترى من تجربة السيارة وكشف ما فيها من عيوب عن طريق الفحص المعتاد ، فاذا وجد فيها عيباً ولم يخطر به البائع فى مدة معقولة من وقت كشف العيب وفقاً للمألوف فى التعامل، اعتبر راضياً بالعيب.

إما إذا كان العيب الذى بالمبيع عيباً خفياً لا يمكن الكشف عنه بالفحص المعتاد، فان المشترى لا يعتبر راضياً به إذا كشفه ، بطريق فحص فنى مألوف أو فحص فنى متخصص بحسب الأحوال على النحو الذى قدمناه عند الكلام في خفاء العيب ، ولم يخطر به البائع بمجرد كشفه إياه . وهنا أوجب المشرع على المشترى أن يخطر البائع بالعيب بمجرد ظهوره فيجب عليه أن يبادر إلى هذا الاخطار دون إبطاء ، لأن العيب لم ينكشف إلا بعد فحص فنى فالوقت الذى كشفه فيه وقت محدد يمكن معه التثبت من عدم وقوع إبطاء فى الأخطار.

ونرى من ذلك؛ أن المشترى ، حتى يستطيع الرجوع بضمان العيب على البائع، يجب عليه إخطاره بهذا العيب عندما يكشفه على النحو الذى بيناه . ويجب أن يكون الإخطار دون إبطاء أو فى مدة معقولة يحددها المألوف فى التعامل بحسب الأحوال ، وذلك من وقت تسلم المبيع تسلماً فعلياً لا حكمياً . ولا يشترط شكل خاص فى هذا الأخطار ، فيصح أن يكون بانذار على يد محضر ، كما يصح أن يكون بكتاب مسجل أو غير مسجل، بل يصح أن يكون شفوياً ، ولكن على المشترى عبء إثبات حصول هذا الإخطار، ويستطيع أن يثبته بجميع الطرق ومنها البينة والقرائن لأنه واقعة مادية .

فاذا لم يقع الإخطار فى الوقت الملائم ، اعتبر المبيع غيرمعيب أو اعتبر المشترى راضياً بالعيب الذى وجده فيه [1] ، وسقط على البائع الالتزام بالضمان حتى لو لم تكن دعوى

(١) على أن المشترى لا يعتبر راضياً بالعيب الذى وجده فى المبيع عندما لا يتم الإخطار فى الوقت الملائم إذا كان البائع سيئ النية ، أى إذا كان يعلم بوجود العيب وأخفاه عمداً عن المشترى غشاً منه، فان الضمان يكون واجباً فى هذه الحالة على البائع حتى لو اشترط عدم الضمان (م ٤٥٣ مدنى) كما

الضمان قد تقادمت بانقضاء سنة من وقت تسلم المشترى للمبيع على النحو الذى سنبينه فيما يلى . فدعوى الضمان إذن تسقط إما بعدم إخطار المشترى البائع بالعيب فى الوقت الملائم ولو قبل انقضاء سنة التقادم ، وإما بانقضاء سنة التقادم ولو وقع الإخطار بعد ذلك بل ولو لم يعلم المشترى بالعيب إلا بعد ذلك [1] .

وكل ما يجب على المشترى هو أخطار البائع بالعيب على الوجه الذى بيناه . فلا يجب عليه طلب معاينة المبيع بواسطة خبير لإثبات العيب ، وإن كان من حقه أن يفعل ذلك حتى يعد الدليل على العيب إذ هو المكلف باثباته [2] .

٣٧٤ – دعوى ضمان العيوب الخفية – النصوص القانونية : تنص المادة ٤٥٠ من التقنين المدنى على ما يأتى :

«إذا أخطر المشترى البائع بالعيب فى الوقت الملائم ، كان له أن يرجع بالضمان على النحو المبين فى المادة ٤٤٤» [3] .

= سنرى . وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد يشتمل على نص فى هذا المعنى يقضى بأنه «إذا تعمد البائع تضليل المشترى ، فلا يجوز له أن يحتج بأنه لم يخطر بالعيب فى الوقت الملائم» ، فحذف فى لجنة المراجعة لأن حكمه مستفاد من القواعد العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١١٦ – وانظر آنفاً نفس الفقرة فى الهامش) . وقد جاء فى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى نص فى هذا المعنى هو الفقرة الأخيرة من المادة ٤٤٦ من هذا التقنين إذ تقول : «وفى مثل هذا الموقف يجب إبلاغ عيوب المبيع إلى البائع على أثر اكتشافا ، وإلا عد المبيع مقبولا . غير أنه لا يحق للبائع السيء النية أن يتذرع بهذا الحكم الأخير» (أنظر آنفاً نفس الفقرة فى الهامش).

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٢٢ ص ١٢٣ .

(٢) ولم يبين النص ماذا يفعل المشترى لو أن السلعة المبيعة التى اشتراها لم يتمكن من ردها فوراً إلى البائع وكانت مما يسرع إليها التلف ، وتقضى القواعد العامة فى هذه الحالة بأن المشترى يتخذ الاحتياطات اللازمة للمحافظة على السلعة ، ويستصدر عند الاقتضاء أمراً من القضاء ببيعها لحساب البائع إذا خشى عليها تلفاً سريعاً . وقد عرض تقنين الموجبات والعقود اللبنانى إلى هذه المسائل بنصوص خاصة (م ٤٤٧ و م ٤٤٨ من هذا التقنين : أنظر آنفاً نفس الفقرة فى الهامش) .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٥٩٦ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٤٦٣ من المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٥٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٨٨ – ص ١١٩).

ويقابل فى التقنين المدنى السابق النصوص الآتية : م ٣٨٧/٣١٣ : البائع ضامن للمشترى العيوب الخفية فى المبيع إذا كانت تنقص القيمة التى اعتبرها المشترى أو تجعل المبيع غير صالح لاستعماله فيما أعد له.

م ٣٨٨/٣١٤ : فى الحالة الأخيرة من المادة السابقة وفى حالة ما إذا كان نقص القيمة بمقدار لو علمه المشترى لامتنع عن الشراء ، يكون المشترى مخيراً بين فسخ البيع بغير إضرار بحقوق الدائنين =

= برهن وبين طلب نقصان الثمن ، مع التضمينات في الحالتين إذاثبت علم البائع بالعيب الخفي .

م ٣٨٩/٣١٥ : إذا كان البائع لا يعلم بالعيب الخفي الموجود في المبيع ، فالمشترى له الخيار فقط بين فسخ البيع مع طلب رد الثمن والمصاريف التي ترتبت على البيع ، وبين إبقاء المبيع بالثمن المتفق عليه .

م ٣٩٣/٣١٨ : إذا كان العيب الخفي الذى ترتب عليه نقصان قيمة المبيع لا يوجب الامتناع عن الشراء لو اطلع عليه المشترى ، كان للمشترى الحق في تنقيص الثمن حسب تقدير أهل الخبرة .

م ٣٩٤/٣١٩ : وتنقيص الثمن يكون باعتبار قيمة المبيع الحقيقية في حالة سلامته من العيب وقيمته الحقيقية في الحالة التي هو عليها ، وبتطبيق نسبة هاتين القيمتين على الثمن المتفق عليه .

(وتخالف هذه الأحكام أحكام التقنين الجديد كما هو واضح ، والعبرة بوقت تمام البيع ، فإن تم قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ فأحكام التقنين السابق هي التي تسرى، وإلا فأحكام التقنين الجديد - انظر في القانون المدني السابق الأستاذين أحمد نجيب الهلالي وحامل زكي فقرة ٤٠١ - فقرة ٤٠٧).

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السورى م ٤١٩ (مطابقة للمادة ٤٥٠ مصرى - وانظر في القانون المدني السورى الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٢٠٥ - فقرة ٢٠٦).

التقنين المدني الليبي م ٤٣٩ (مطابقة للمادة ٤٥٠ مصرى) .

التقنين المدني العراقي م ١/٥٥٨ : إذا ظهر بالمبيع عيب قديم ، كان المشترى مخيراً إن شاء رده وإن شاء قبله بثمنه المسمى .

(والحكم يختلف عن حكم التقنين المصرى كما هو ظاهر . وقد تأثر التقنين العراقي بالفقه الحنفي في هذه المسألة ، فهو لا يجيز في خيار العيب إلا الفسخ أو استبقاء المبيع بكل الثمن . فاذا تعذر الفسخ بتعذر رد المبيع ، جاز للمشترى في هذه الحالة إنقاص الثمن . ويكون نقصان الثمن طبقاً لما قررته المادة ٥٦٥ عراقي متفقة في ذلك مع أحكام الفقه الإسلامي إذ تقول : «يقدر نقصان الثمن بمعرفة أرباب الخبرة، بأن يقوم المبيع سالما ثم يقوم معيباً ، وما كان بين القيمتين من التفاوت ينسب إلى الثمن المسمى، وبمقتضى تلك النسبة يرجع المشترى على البائع بالنقصان» - انظر في القانون المدني العراقي الأستاذ حسن الذنون فقرة ٢٥٧) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٤٤٩ : إذا وجد ما يوجب رد المبيع أما لوجود عيوب فيه وإما لخلوه من بعض الصفات ، حق للمشترى أن يطلب فسخ البيع وإعادة الثمن . ويحق له علاوة على ما تقدم أن يأخذ بدل العطل والضرر في الأحوال الآتية : أولا - عندما يكون البائع عالما بعيوب المبيع أو بعدم اتصافه بالصفات التي وعد بها ولم يصرح بأنه باع بدون ضمان . ويقدر أن البائع عالم بذلك إذا كان تاجراً أو صانعاً يبيع منتجات صناعته ، ثانياً - إذا صرح البائع بخلو المبيع من العيوب ، ما لم تكن هناك عيوب لم تظهر إلا بعد البيع أو كانت من العيوب التي يمكن أن يجهلها البائع عن حسن نية . ثالثاً - إذا كان وجود الصفات التي تبين خلو المبيع منها مشروطاً بصراحة أو كان العرف التجارى يوجب وجودها.

م ٤٥٣ : يتم تخفيض الثمن بتقدير قيمة المبيع وهو في حالة السلامة وقت العقد من جهة ، ثم بتقدير قيمته في حالته الحاضرة من جهة أخرى . وعندما يكون البيع منعقداً على عدة أشياء مشتراة=

والآن نفرض أن المشترى قد أخطر البائع بالعيب في الوقت الملائم على الوجه الذى بيناه، فهو بعد هذا الأخطار يكون له الحق في الرجوع على البائع بدعوى ضمان العيب، وهي دعوى صاغها التقنين المدني على غرار دعوى ضمان الاستحقاق الجزئي كما هي مقررة في المادة ٤٤٤ مدنى . والشبه بين الدعويين واضح ، ففي كلتيهما لم تبلغ خسارة المشترى ، من جراء الاستحقاق الجزئي أو العيب ، أن يضيع المبيع كله ، بل هو قد ضاع جزء منه أو من قيمته ولكنه جزء قد يبلغ من الجسامة حداً لو كان يعلمه وقت البيع لما أقدم على الشراء .

وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : «أما المشروع (التقنين الجديد) فلم ير داعياً لتعدد الأحكام في ضمان الاستحقاق وفي ضمان العيب، فان الضمانين مردهما إلى أصول واحدة في القواعد العامة . فالواجب إذن في ضمان العيب تطبيق ما تقرره في ضمان الاستحقاق . ومقتضى هذا التطبيق أن العيب الجسيم يكون المشترى مخيراً فيه بين الفسخ أو إبقاء البيع مع التعويض عن العيب طبقاً لما تقضى به القواعد العامة ، فيعوض المشترى ما أصابه من خسارة وما فاته من كسب بسبب العيب. وإذا لم يكن العيب جسيما ، فلا يكون للمشترى إلا التعويض . ويزيد التعويض أو ينقص تبعاً لما إذا كان البائع سيئ النية أى يعلم بالعيب ، أو حسن النية أى لا يعلم به . ففي الحالة الأولى يعوض الضرر المباشر حتى لو لم يكن متوقعاً ، وفي الحالة الثانية لا يعوض إلا عن الضرر المباشر المتوقع»[1] .

فيجب إذن التمييز بين فرضين : الفرض الأول أن يكون العيب جسيماً بحيث لو أن المشترى كان يعلمه وقت البيع لما أقدم على الشراء ، والفرض الثاني أن يكون العيب لم يبلغ من الجسامة هذا الحد بل كان لو علمه المشترى لأقدم على الشراء بالرغم من ذلك ولكن بثمن أقل .

ففي الفرض الأول ، إذا كان العيب جسيما إلى الحد السالف الذكر ، كان المشترى

= صفقة واحدة، فيبنى تقدير قيمتها على أساس قيمة جميع الأشياء التي تتألف منها الصفقة .

م ٤٥٤ : يجب على المشترى في حالة فسخ البيع أن يرد : أولا - الشئ المصاب بالعيب الموجب للرد كما استلمه مع ما تبعه وما يعد جزءاً منه وما التحق به بعد إبرام العقد . ثانياً - ثمار المبيع من تاريخ فسخ البيع بالتراضى أو الحكم به وثماره السابقة لهذا التاريخ . أما إذا كانت الثمار غير منعقدة وقت البيع، فيحق للمشترى أن يأخذها إذا جناها ولو قبل النضوج كما يحق له أن يأخذ أيضاً الثمار الناضجة وان كان لم يجنها ويلزم من جهة أخرى أولاً ان يدفع إلى المشترى نفقات الزرع والرى والصيانة ونفقات الثمار التي ردها المشترى إليه . ثانياً - أن يرد الثمن الذى قبضه مع نفقات العقد القانونية . ثالثاً - أن يعوض المشترى من الخسارة التي ألحقها المبيع ، إذا كان البائع محتالا.

(وتختلف هذه الأحكام عن أحكام التقنين المصرى كما هو ظاهر).

(١) مجموعة لأعمال التحضيرية ٤ ص ١٣٣ - ص ١٢٤ .

مخيراً بين رد المبيع المعيب وما أفاده منه إلى البائع والمطالبة بالمبالغ التي كان يطالب بها في حالة الاستحقاق الكلى ، وبين استبقاء المبيع مع المطالبة بتعويض عما أصابه من ضرر بسبب العيب (١) . وفي الفرض الثاني ، إذا كان العيب لم يبلغ الجسامة المشار إليها ، لا يكون للمشترى إلا أن يطالب البائع بتعويض عما أصبه من ضرر بسبب العيب . فالمشترى إذن، عند رجوعه على البائع بضمان العيب ، له أن يرد المبيع ويطالب بمبالغ معادلة للمبالغ التي يرجع بها في حالة الاستحقاق الكلى إذا كان العيب جسيما ولم يختر استبقاء المبيع. أما إذا كان العيب غير جسيم ، أو كان جسيماً واختار استبقاء المبيع ، فانه يرجع على البائع بتعويض عما أصابه من ضرر بسبب العيب (٢) . ونذكر الآن في إيجاز عناصر التعويض في الحالتين ، وفقاً لما جاء في المادة ٤٤٤ مدنى وفي المادة ٤٤٣ مدنى التي أحيل بها.

ففي حالة رد المبيع إلى البائع (٣) ، يرد المشترى المبيع كما هو بالعيب اللاحق به ، ويرد ما أفاده من ثمرات من وقت البيع . ويأخذ من البائع في مقابل ذلك : (١) قيمة المبيع غيرمعيب وقت البيع ، مع الفوائد القانونية لهذه القيمة من وقت البيع على النحو الذي فصلناه في ضمان الاستحقاق الكلى ، ولا يكون هناك محل للمطالبة بقيمة الثمار لأن الفوائد القانونية مقابل هذه الثمار (٤). (٢) المصروفات الضرورية(٥) والمصروفات النافعة

(١) وله الخيار بين الدعويين ولا يتقيد بالدعوى التي قد يرفعها عليه من اشترى منه الشيء المعيب وإذا رفع إحدى الدعويين ، فله أن يعدل عنها إلى الأخرى ما دام لم يصدر في الدعوى الأولى حكم حاز قوة الأمر المقضى (أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٥ مكررة ص ٨٥ - بودرى وسينيا فقرة ٤٣٣ ص ٤٥١ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٣٣) . وله أن يرفع دعوى رد المعيب الميعب بصفة أصلية ودعوى التعويض بصفة احتياطية ، أما إذا رفع دعوى رد المبيع المعيب وحدها ، ولم يعدل عنها إلى دعوى التعويض ولم بصفة احتياطية ، فانه يتعذر على المحكمة أن تقضي بالتعويض إذ تكون قد حكمت بما لم يطلب منها (أنسيكلوبيدى داللوز ٤ لفظ Vice Réd فقرة ٧٩) . والواجب على كل حال، في مطالبة المشترى بضمان العيب ، أن يرفع على البائع دعوى أصلية أو فرعية ، ولا يكتفي بمجرد دفع يبديه عندما يطالبه البائع مثلا بالثمن (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٣٣).

(٢) أما إذا لم يصب المشترى ضرر من العيب ، فإنه لا يرجع بشيء على البائع . فإذا اشترى صانع السفينة جهازاً من أجهزتها لتركيبه في السفينة . وكان هذا الجهاز معيباً ، ثم باع السفينة عندما تم صنعها، ولم يرجع المشترى عليه بضمان عيب هذا الجهاز ، لم يكن لصانع السفينة أن يرجع على بائع الجهاز المعيب بشيء لانعدام الضرر (بلانيول وريبير وهامل ١٠ ص ١٤٤ هامش ١) .

(٣) ولا يكون هذا فسخاً للبيع بالرغم مما جاء بالمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٣٣ ، بل هو رجوع بضمان العيب على أساس بقاء البيع قائماً وهو مصدر الضمان كما هو الأمر في ضمان الاستحقاق ، وقد سبق بيان ذلك .

(٤) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٣٤ ص ١٥٤ .

(٥) وفي ضمان الاستحقاق لا يرجع المشترى على البائع بالمصروفات الضرورية لأنه يرجع بها على المستحق. أما ضمان العيب فلا يوجد مستحق ، ومن ثم يرجع المشترى بالمصروفات الضرورية على البائع فهو الذي يسترد المبيع .

التي يكون قد أنفقها على المبيع ، وكذلك المصروفات الكمالية إذا كان البائع سيئ النية أى يعلم بوجود العيب في المبيع وقت تسليمه للمشترى(١) . (٣) جميع مصروفات دعوى ضمان العيب الخفى ، وذلك في حالة ما إذا كان البائع قد اضطره إلى رفع هذه الدعوى ولم يسلم بالتزامه بالضمان عندما أخطره المشترى بالعيب في الوقت الملائم . (٤) وبوجه عام التعويض عما لحق المشترى من خسارة أو فاته من كسب بسبب العيب على النحو الذى بسطناه في ضمان الاستحقاق الكلى . ويلاحظ أنه إذا كان البائع حسن النية أى لا يعلم بالعيب لم يكن مسئولا إلا عن تعويض الضرر المتوقع الحصول وقت البيع ، أما إذا كان سيئ النية أى يعلم بالعيب كان مسئولا حتى عن الضرر غير المتوقع ، وذلك طبقاً للقواعد العامة في المسئولية .

وفي حالة استبقاء المشترى للمبيع ، يكون له أن يطالب البائع بالفرق بين قيمة المبيع سليما وقيمته معيباً ، وبمصروفات دعوى الضمان إذا اضطره البائع إلى رفعها (1) ، وبوجه عام ما لحقه من خسارة أو فاته من كسب بسبب العيب مع ملاحظة أن يكون البائع سيئ النية مسئولا حتى عن تعويض الضرر غير المتوقع كما سبق القول . ويجوز أن يكون التعويض في جعل البائع يصلح العيب إذا كان قابلا للإصلاح ، أو أن يصلحه المشترى على نفقة البائع(٢) .

٣٧٥ - هلاك المبيع المعيب - نصوص قانونية : وتنص المادة ٤٥١ من التقنين المدني على ما يأتي :

(١) والمفروض أن البائع حسن النية حتى يقيم المشترى الدليل على أنه سيئ النية . وإذا كان البائع تاجراً أو صانعاً يبيع السلعة المعيبة ، جاز القول بافتراض أنه عالم بالعيب ما لم يثبت هو حسن نيته (أنظر م ٤٤٩ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني آنفاً نفس الفقرة في الهامش) . وأنظر أيضاً في هذا المعنى أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٥ مكررة ص ٨٤ - بودرى وسينيا فقرة ٤٣٦ ص ٤٥٥ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٣٤ ص ١٥٣ - جوسران ٢ فقرة ١١٢١ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٧٤ ص ٣٢٢ .

(٢) أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٥ مكررة هامش رقم ١٤ - جيوار ١ فقرة ٤٥٧ - بودرى وسينيا فقرة ٤٣٤ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٣٥ - ويشترط أن يكون الإصلاح ممكناً في مدة معقولة، أما إذا كان يقتضى مدة طويلة يحرم في أثنائها المشترى من الانتفاع بالمبيع ، جاز له المطالبة بتعويض نقدى (أنسيكلوبيدى دالوز ٥ لفظ Vice Réd فقرة ١٩) .

(1) اذا اختار المشترى - وفقا لحكم المادة ٤٤٤ من القانون المدني - استبقاء المبيع فأنه لا يكون له إلا أن يطالب البائع بالفرق بين قيمة المبيع سليما وقيمته معيبا ومصروفات دعوى الضمان الذى اضطره البائع إليها وبوجه عام ما لحقه من خسارة وما فاته من كسب بسبب العيب .

(جلسة ١٩٦٧/١/٢٦ الطعن ٥١ لسنة ٣٣ ق س ١٨ ص ٢٦٤)

«تبقى دعوى الضمان ولو هلك المبيع بأى سبب كان»[1]

---

(١) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى المادة ٥٩٧ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : «تبقى دعوى الضمان ، حتى لو هلك المبيع بسبب العيب أو هلك قضاء وقدراً» . وفى لجنة المراجعة عدل النص فأصبح مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وذكر فى اللجنة أنه إذا هلك المبيع بفعل المشترى طبقت القواعد العامة إذا يمتنع على المشترى طلب الفسخ (أى طلب رد المبيع) ولا يرجع إلا بضمان العيب (أى بتعويض عما أصابه من ضرر بسبب العيب) . وصارت المادة رقمها ٤٦٤ فى المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٥١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ١٢٠ - ص ١٢١) .

ويقابل النص فى التقنين المدنى السابق : م ٤٠٠/٣٢٣ : إذا هلك المبيع بسبب العيب القديم فيكون هلاكه على البائع ، ويلزم حينئذ برد الثمن والمصاريف ودفع التضمينات على الوجه الموضح آنفاً بحسب الأحوال .

م ٤٠١ مختلط : إذا كان فى المبيع عيب قديم وهلك بالكلية بسبب عيب جديد أو بحادث قهرى، فهلاكه أيضاً على البائع متى كان وجود العيب القديم فيه ثابتاً أو كان تقدير نقصان الثمن ممكناً فى الأحوال الجائز فيها نقصانه .

(وتختلف هذه الأحكام عن أحكام التقنين الجديد كما هو ظاهر - والعبرة بتاريخ إبرام البيع فى سريان أحكام التقنين الجديد - وانظر فى أحكام التقنين السابق الأستاذين أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ٤١٢) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٤١٠ (مطابقة للمادة ٤٥١ مصرى . وانظر فى القانون المدنى السورى الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٢٠٩ - فقرة ٢١٠)

التقنين المدنى الليبى م ٤٤٠ (مطابقة للمادة ٤٥١ مصرى) .

التقنين المدنى العراقى م ٥٦٤ : إذا هلك المبيع المعيب فى يد المشترى ، فهلاكه عليه ، ويرجع على البائع بنقصان الثمن .

(وحكم التقنين العراقى يختلف عن حكم التقنين المصرى - انظر فى القانون المدنى العراقى الأستاذ حسن الذنون فقرة ٢٦٢ - الأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٥٠٧ - فقرة ٥٢٩).

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٤٥٥ : لا يحق للمشترى استرداد شئ ولا خفض الثمن إذا كان لم يستطع رد المبيع فى الأحوال الآتية : أولا - إذا كان المبيع قد هلك بقوة قاهرة أو بخطأ من المشترى أو من أشخاص هو مسئول عنهم . ثانياً - إذا كان المبيع قد سرق أو انتزع من المشترى . ثالثاً - إذا حول المشترى المبيع إلى شكل لم يبق معه صالحاً لما أعد له فى الأصل .

م ٤٥٦ : إذا هلك المبيع بسبب العيب الذى كان مصاباً به أو بقوة قاهرة ناشئة عن هذا العيب، كان هلاكه على البائع ولزمه أن يرد الثمن . وإذا كان سئ النية ، لزمه أيضاً أن يؤدى بدل العطل والضرر.

(وحكم التقنين اللبنانى يختلف بعض الاختلاف عن حكم التقنين المصرى).

ويفرض النص أن المبيع المعيب قد هلك بعد أن تسلمه المشترى ، لأنه لو كان قد هلك قبل التسليم فان هلاكه يكون على البائع ولا محل إذن لقيام ضمان العيب . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى بأن التقنين الجديد «اكتفى بأن قرر أن دعوى الضمان تبقى حتى لو هلك المبيع . حتى تنتفى الشبهة فى أن هلاك المبيع قد يسقط دعوى الضمان» [1] .

فهلاك المبيع المعيب إذن وهو فى يد المشترى لا يسقط دعوى الضمان . فيجوز للمشترى دائماً أن يطالب البائع ، بالرغم من هلاك المبيع ، بتعويض عما أصابه من الضرر بسبب العيب على النحو الذى بيناه فى حالة استبقاء المشترى للمبيع . أما إذا كان العيب جسيما إلى حد يسوغ للمشترى رد المبيع ، فلا يجوز للمشترى الرجوع على البائع بالتعويض الكامل عن كل المبيع إلا إذا كان هلاك المبيع غير منسوب إلى فعله . فاذا كان الهلاك بسبب العيب أو كان بسبب أجنبى فانه يكون غير منسوب إلى فعله ، ويكون له فى هذه الحالة أن يطالب البائع بالتعويض الكامل على النحو الذى يرجع به فى حالة الاستحقاق الكلى ، ولا يكون مطالباً برد المبيع[2] لأن الرد استحال عليه لا بفعله بل بسبب أجنبى ، وإنما يرد البائع ما أفاده من المبيع [3] . أما إذا كان الهلاك بفعله ، فإنه لا يستطيع الرجوع بتعويض كامل إذ قد تعذر عليه رد المبيع بسبب يرجع إلى فعله ، ومن ثم وجب عليه أن يكتفى بمطالبة البائع بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب العيب على النحو المبين فى حالة استبقائه للمبيع [4] .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٢٤ .

(٢) إلا ما عسى أن يكون باقياً منه إذا كان الهلاك جزئياً .

(٣) أنظر فى هذا المعنى فى حالة هلاك المبيع بسبب العيب المادة ٤٥٦ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى (آنفا فى نفس الفقرة فى الهامش) . وفى التقنين الفرنسي (١/١٦٤٧) الهلاك على المشترى ولو هلك الشئ معيباً ، إلا إذا كان العيب هو سبب الهلاك ، أما إذا كان الهلاك بسبب أجنبى تحمل تبعته المشترى . وهذا الحكم منتقد من الفقه الفرنسي (جيوار ١ فقرة ٤٧٩ - أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٥ هامش رقم ٢٢ - ولكن بودرى وسينيا فقرة ٤٣٩ يدافعان عن هذا الحكم لاعتبارات عملية). والتقنين الألمانى (م ٤٦٢) يجعل هلاك المبيع المعيب بسبب أجنبى على البائع لا على المشترى ، كما كان يفعل القانون الرومانى (بلانيول وريبير وهامل ١٠ ص ١٥٧ هامش ٤) - وهذا هو أيضا رأى بوتييه (بوتييه فى البيع فقرة ٢١٩) . ويدافع كولان وكابيتان عن الحكم الذى قرره التقنين الألمانى لاعتبارات عملية هى عكس الاعتبارات العملية التى دافع بها بودرى وسينيا عن الحكم الذى قرره التقنين الفرنسى: تعذر معرفة ما إذا كان المبيع قد هلك بسبب أجنبى أم بسبب العيب .

(٤) أنظر فى هذا المعنى ما دار فى لجنة المراجعة فى شأن النص : آنفاً نفس الفقرة فى الهامش . أنظر الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٧٧ - الأستاذ محمد على إمام فقرة ٢٢٨ - الأستاذ محمد كامل مرسي فقرة ١٩١ - وقارن الأستاذ عبدالفتاح عبدالباقى فقرة ١٧٢ والأستاذ عبدالمنعم البدراوى فقرة ٣٥٤ والأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٩٣ .

=

٣٧٦ – بعض ظروف غير الهلاك تطرأ على المبيع المعيب : وقد يطرأ على المبيع المعيب ظروف أخرى غير الهلاك الذى سبق بيان حكمه، وقد كان التقنين السابق يتناول هذه الظروف فى شئ من الإسهاب ، ناقلا فى بعض الحالات أحكام الفقه الإسلامى ، والفقه الإسلامى يعرف خيار العيب ، ويقرر فيه أحكاماً مفصلة معروفة ، لا يساير فى بعضها المبادئ العامة للقانون المصرى، فلم ينقلها التقنين الجديد حتى يحتفظ لضمان العيب بالتناسق فى أحكامه ، فوجب الرجوع فى هذه المسائل إلى القواعد العامة [1] .

ونذكر من الظروف التى قد تطرأ على المبيع المعيب ، غير الهلاك ، الظروف الآتية : (١) ظهور عيب جديد بالمبيع بعد التسليم (١) تصرف المشترى فى المبيع المعيب (٣) تحول المبيع المعيب إلى شئ آخر (٤) زوال العيب الذى كان لاحقا بالمبيع [2] . ونبين فى إيجاز ماذا يؤدى إليه تطبيق القواعد العامة فى كل من هذه الظروف .

= ولكن إذا كان استعمال المبيع لايكون إلا باستهلاكه ، كالبذور تغرس فى الأرض وكالسماد يختلط بها، جاز للمشترى أن يرجع بتعويض كامل دون أن يرد المبيع وإن كان قد هلك بفعله.

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : «ولم ير المشروع أن ينقل ما قرره التقنين الحالى (السابق) بشأن ظهور عيب بالمبيع قبل التسليم أو بعده (م ٣١٦– ٣١٧/ ٣٩٠–٣٩٢)، وبشأن ظهور عيب جديد فى المبيع (م ٣٩٩ مختلط)، وبشأن هلاك المبيع بسبب العيب القديم أو بسبب عيب جديد أو بحادث قهرى (م ٣٢٣/ ٤٠٠–٤٠١)، فهذه كلها تفصيلات يحسن الرجوع فيها إلى القواعد العامة، واكتفى بأن قرر أن دعوى الضمان تبقى حتى لو هلك المبيع بسبب العيب أو هلك قضاء وقدراً (٥٩٧ من المشروع) ، حتى تنتفى الشبهة فى أن هلاك المبيع قد يسقط دعوى الضمان» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٢٤).

(٢) وقد تناول التقنين المدنى السابق أيضا تعيب بعض المبيع . فنصت المادة ٣١٦/ ٣٩٠ على أنه «فى الأحوال التى يثبت فيها للمشترى حق الفسخ إذا كان البيع فى جملة أشياء معينة، وظهر ببعضها عيب قبل التسليم ، فليس له فسخ البيع إلا فى جميع المبيع» . ونصت المادة ٣١٧/ ٣٩١ على أنه «إذا ظهر العيب بعد التسليم ، فللمشترى فسخ البيع فيما ظهر فيه العيب فقط إذا لم يترتب على قسمة المبيع ضرر» . ونصت المادة ٣٩٢ من التقنين المدنى المختلط على أنه إذا كان المبيع فى الأحوال المذكورة من الأشياء التى يقوم بعضها مقام بعض ، جاز للمشترى ولو بعد التسليم فسخ البيع ولو فى جزء من المبيع» .

ولم ينقل التقنين الجديد هذه النصوص ، فتكون سارية على البيع الذى تم قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٠. أما بعد ذلك فيجب تطبيق القواعد العامة ، وهذه تقضى بأن المبيع إذا تعيب فى بعضه، كان للمشترى أن يرده كله ويأخذ تعويضاً كاملا إذا كان العيب بحيث لو كان يعلمه وقت البيع لما أقدم على الشراء . وله مع ذلك أن يرجع بتعويض عن الضرر الذى أصابه بسبب العيب إذا اختار استبقاء المبيع أو كان العيب لم يبلغ من الجسامة الحد المشار إليه . وهذا كله إذا كان المبيع غير قابل للتجزئة ، وإلا جاز رد البعض واستبقاء البعض الآخر . أنظر الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٧٥ – الأستاذ محمد على إمام ص ٣٨٧ – ص ٣٨٨ – الأستاذ عبدالفتاح عبدالباقى فقرة ١٧١ – الأستاذ جميل الشرقاوى ص ٢٨١ – ص ٢٨٢ – الأستاذ منصور مصطفى منصور ص ٢٠٦ – ٢٠٧ – ويكون المبيع قابلا للتجزئة أو غير =

فإذا ظهر عيب جديد بالمبيع بعد التسليم ، فظهور هذا العيب إذا كان بسبب أجنبى لا يمنع المشترى من رد المبيع وأخذ تعويض كامل ، لأن هلاك المبيع بسبب أجنبى لا يمنع من ذلك فأولى ألا يمنع منه تعيب المبيع بعيب جديد بسبب أجنبى . أما إذا كان العيب الجديد بفعل المشترى ، كان هذا مانعاً من الرد، ويقتصر المشترى فى هذه الحالة على أخذ تعويض من البائع بسبب العيب الجديد مع استبقاء المبيع [1] .

= قابل لها بالنظر إلى الغرض المقصود منه ، وهذه مسألة واقع (بودرى وسينيا فقرة ٤٤٠ – بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٣٤).

وقد أورد التقنين المدنى العراقى فى هذه المسألة نصاً تأثر فيه بالفقه الإسلامى ، إذ قضت المادة ٥٦١ من هذا التقنين بأن «ما بيع صفقة واحدة إذا ظهر بعضه معيباً ، فإذا لم يكن فى تفريقه ضرر كان للمشترى أن يرد المعيب مع مطالبة البائع بما يصيبه من الثمن ، وليس له أن يرد الجميع ما لم يرض البائع . أما إذا كان هناك فى تفريقه ضرر ، رد الجميع أو قبل الجميع بكل الثمن» .

وأورد تقنين الموجبات والعقود اللبنانى فى هذه المسألة النصوص الآتية : م ٤٥٠ : إذا كان المبيع منعقداً على مجموع أشياء معينة، وكان قسم منها متعيباً ، حق لمشترى أن يتذرع بالحق الممنوح له فى المادة السابقة. وإذا كان المبيع من المثليات : فلا يحق للمشترى أن يطلب إلا تسليم كمية أخرى من النوع نفسه خالية من تلك العيوب . غيرأنه يبقى له حق المطالبة ببدل العطل وللضرر عند الاقتضاء. م ٤٥١ : إذا كان المبيع عدة أشياء مختلفة مشتراه جملة بثمن واحد ، حق للمشترى ، حتى بعد الإستلام، أن يفسخ البيع فيما يختص بالقسم المتعيب من تلك الأشياء ، وأن يسترد من الثمن جزءاً مناسباً له. أما إذا كانت الأشياء مما لا يمكن التفريق بينها بدون ضرر ، كأن تكون أزواجاً ، فلا يحق له إلا فسخ البيع كله. م ٤٥٢ : إن الفسخ بسبب عيب فى أصل المبيع يتناول فروعه أيضاً ، وإن كان ثمن الفروع معيناً على حدة . وعيب الفرع لا يفسخ بيع الأصل .

(وقد خرج التقنين اللبنانى فى بعض هذ النصوص على قاعدة وحدة الصفقة) .

(١) وكان التقنين المدنى المختلط (م ٣٩٩) يورد فى هذه المسألة الحكم الآتى : «إذا حدث المبيع بسبب حادث قهرى جديد .. أو كان المبيع بعد تسليمه تغيرت حالته بفعل المشترى أو بفعل أى شخص آخر ، فلا يكون للمشترى الحق فى فسخ البيع إلا إذا كان العيب الحادث قد زال أو كان البائع قد ارتضى أخذ المبيع مع وجود العيب الجديد فيه . إنما يسوغ للمشترى أن يطلب تنقيص الثمن بالكيفية المبينة آنفاً مع مراعاة العيب الجديد أو التغيير الذى حصل» . فهذا النص يمنع المشترى من رد المبيع حتى لو كان العيب الجديد بسبب حادث قهرى وهذا على خلاف مقتضى القواعد العامة كما بينا ولما كان هذا النص فى التقنين المختلط ليس له نص مقابل فى التقنين الوطنى، فلا يطبق إلا فى البيع الذى كان خاضعاً للتقنين المختلط وكان قد تم قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ .

وأورد التقنين المدنى العراقى (م ٥٦٢) فى هذه المسألة الحكم الآتى وقد تأثر فيها بالفقه الإسلامى : «١ – إذا ظهر بالمبيع عيب قديم ثم حدث به عيب جديد عند المشترى ، فليس له أن يرده بالعيب القديم والعيب الجديد موجود فيه ، بل له أن يطالب بنقصان الثمن ، ما لم يرض البائع بأخذه على عيبه ولم يوجد مانع للرد . ٢ – فاذا زال العيب الحادث ، عاد للمشترى حق رد المبيع بالعيب القديم على البائع.

وأورد تقنين الموجبات والعقود اللبنانى فى هذه المسألة النصوص الآتية م ٤٥٧ : لا سبيل لفسخ البيع =

وإذا تصرف المشترى في المبيع المعيب ، فان كان تصرفه بعد اطلاعه على العيب، [illegible] هذا نزولا ضمنياً منه عن ضمان العيب ، إلا إذا احتفظ بحقه قبل التصرف وعند ذلك [illegible] يرجع إلا بتعويض عن العيب لأنه استبقى المبيع وتصرف فيه(١) ، أو إلا إذا رجع عليه [illegible] اشترى منه بضمان هذا العيب وعند ذلك يصح له هو أيضاً الرجوع على بائعه . وقد [illegible] التقنين المدنى السابق نصاً في هذه المسألة يتفق مع هذا الحكم ، فقضت المادة ٣/٣٢٥ [illegible] من هذا التقنين بأن «تصرف المشترى في المبيع بأى وجه كان بعد اطلاعه على العيب يوجب سقوط حقه في طلب الضمان» (٢) . أما إذا كان تصرف المشترى في المبيع المعيب قبل اطلاعه على العيب ، فانه لا يستطيع في هذه الحالة رد المبيع إلى بائعه بالعيب، إذ يتعذر عليه أن يسترده ممن اشتراه وهو ضامن للتعرض ، والاسترداد والضمان لا يجتمعان كما سبق القول . فلا يبقى أمام المشترى الأول إلا الرجوع على بائعه بتعويض عن الضرر الذى أصابه بسبب العيب على الوجه الذى بيناه(٣) . وهذا ما لم يرد المشترى الثاني المبيع

=ولا حق للمشترى إلا في المطالبة بتخفيض الثمن : أولا – إذا تعيب المبيع بخطأ منه أو من أشخاص الذين يكون مسئولا عنهم . ثانياً – إذا استعمل المشترى المبيع استعمالا يؤدى إلى نقص كبير في قيمته ويسرى هذا الحكم إذا استعمل المبيع قبل علمه ، أما إذا كان الاستعمال بعد العلم بالعيب فتطبق أحكام المادة ٤٦٢ . م ٤٦٢ : يسقط حق المشترى في دعوى الرد : أولا – إذا عدل عنها صراحة بعد وقوفه على عيب المبيع . ثانياً – إذا كان بعد وقوفه على العيب قد باع الشئ أو تصرف فيه على وجه آخر بصفة كونه مالكاً . ثالثاً – إذا استعمل المبيع لمنفعته الخاصة واستمر على هذا الاستعمال بعد وقوفه على العيب . ولا يسرى حكم هذه القاعدة على البيوت والمسقفات الأخرى المماثلة، فانه يمكن الاستمرار في سكناها أو استعمالها في مدة المداعاة بفسخ البيع . وهذه النصوص تتفق مع القواعد العامة، ويتفق أيضاً مع هذه القواعد نص المادة ٤٥٨ من نفس التقنين ويقضي بأن «تنقيص الثمن الذى ناله المشترى من أجل عيب مسلم به لا يمنعه من طلب فسخ البيع أو تخفيض آخر في الثمن إذا ظهر عيب آخر» .

(١) قارن الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٢١٧ .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية المشروع التمهيدى في هذا الصدد : ولم ير المشروع موجباً لإيراد ما تضمنته المادة ٤٠٣/٣٢٥ من التقنين الحالى (السابق) وهى تقضى بأن تصرف المشترى في المبيع بأى وجه كان بعد اطلاعه على العيب الخفى يوجب سقوط حقه في طلب الضمان ، فان هذا حكم واضح يسهل استخلاصه من القواعد العامة» مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٢٤) . وهذا هو أيضاً حكم التقنين المدنى العراقى ، فقد نصت المادة ٥٦٦ من هذا التقنين على أنه «إذا اطلع المشترى على عيب قديم في المبيع ؛ ثم تصرف فيه تصرف الملاك . سقط خياره» .

انظر أيضا في هذا المعنى المادة ٤٦٢ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى وقد سبق ذكرها في الهامش من نفس الفقرة .

(٣) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٣٤ ص ١٥٤ .

بالعيب، فعند ذلك يستطيع المشترى الأول هو أيضاً أن يرد المبيع على بائعه بنفس العيب(١) . وكتصرف المشترى في المبيع المعيب ترتيبه عليه حقاً للغير، كحق ارتفاق أو حق انتفاع أو حق رهن (٢) .

وإذا تحول المبيع المعيب وهو في يد المشترى إلى شئ آخر ، فإذا كان هذا التحول بفعله، فان كان بعد إطلاعه على العيب سقط على البائع الضمان ، وإن كان قبل اطلاعه على العيب امتنع الرد ولم يستطع المشترى الرجوع على البائع إلا بتعويض عن الضرر الذى أصابه بسبب العيب (٣) . وإذا كان هذا التحول بسبب أجنبى لم يمنع التحول الرد ، لأن الهلاك بسبب أجنبى لا يمنع الرد فأولى ألا يمنعه مجرد التحول(٤) .

وإذا زال العيب الذى كان لاحقا بالمبيع ، وكان هذا العيب بطبيعته مؤقتا إذا زال لا يرجع ، لم يعد للمشترى أن يرجع على البائع بضمان العيب ، لأن سبب الضمان قد زال لا إلى رجعة فيزول الضمان بزوال سببه . وقد نص تقنين الموجبات والعقود اللبنانى على هذا الحكم صراحة ، فقضت المادة ٤٥٩ من هذا التقنين بأن «تسقط دعوى الرد إذا زال العيب قبل إقامة دعوى الفسخ أو دعوى تخفيض الثمن أو في أثنائهما ، وكان هذا العيب بطبيعته مؤقتا وغير قابل للظهور ثانية . ولا يجرى هذا الحكم إذا كان العيب قابلا بطبيعته للرجوع» .

٣٧٧ – تقادم دعوى ضمان العيب الخفى – نصوص قانونية : تنص المادة ٤٥٢ من التقنين المدنى على ما يأتى :

(١) بودرى وسينيا فقرة ٤٣٣ ص ٤٥١ – ٤٥٢ – وقد ورد في المادة ٣٨٨/٣١٤ من التقنين المدنى السابق : «.... يكون المشترى مخيراً بين فسخ البيع بغير إضرار بحقوق الدائنين برهن، وبين طلب نقصان الثمن» ويوهم هذا النص أن الفسخ جائز إذا ثبت للغير على المبيع حق غير الرهن . والظاهر أن الفسخ لا يجوز من باب أولى إذا أثبت للغير بدلا من حق الرهن حق الملكية ذاته ، إنما خص الرهن بالذكر لأن التقنين المدنى السابق كان يعنى عناية خاصة بحماية الدائنين المرتهنين .

(٢) أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٥ مكررة ص ٨٤ – بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٣٤ ص ١٥٠ و ص١٥٣ – كولان وكابيتان ٢ فقرة ٩٢٧ – وقارن بودرى وسينيا فقرة ٤٣٥ – وذلك ما لم يقض المشترى هذا الحق الذى رتبه للغير ، كأن دفع الدين للدائن المرتهن وشطب الرهن .

(٣) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٢٧ ص ١٤١ .

(٤) أنظر أيضا في هذا المعنى المادة ٤٥٥ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى ، وقد سبق ذكرها أنفاً فقرة ٣٧٥ في الهامش . وقد أورد التقنين المدنى العراقى (م ٥٦٣) في هذه المسألة الحكم الآتى : «١– زيادة شئ من مال المشترى على المبيع تمنع الرد ، كصبغ الثوب المبيع أو البناء في الأرض المبيعة أو ظهور الثمر في الشجر المبيع» . ٢ – فاذا حدث في المبيع زيادة مانعة من الرد ، ثم اطلع المشترى على عيب قديم فيه ، فانه يرجع على البائع بنقصان الثمن . ويمتنع الرد ولو قبله البائع بالعيب الحادث» .

«١ – تسقط بالتقادم دعوى الضمان إذا انقضت سنة من وقت تسليم المبيع ولو لم يكشف المشترى العيب إلا بعد ذلك ، ما لم يقبل البائع أن يلتزم بالضمان لمدة أطول».

«٢ – على أنه لا يجوز للبائع أن يتمسك بالسنة لتمام التقادم إذا ثبت أنه تعمد إخفاء العيب غشاً منه» (١) .

---

(١) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى المادة ٥٩٨ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٤٦٥ من المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٥٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٢٢ وص ٢٥٥).

ويقابل النص فى التقنين المدنى السابق المادة ٣٢٤/٤٠٢ وتجرى على الوجه الآتى : «يجب تقديم دعوى الضمان الناشئ عن وجود عيوب خفية فى ظرف ثمانية أيام من وقت العلم بها ، وإلا سقط الحق فيها». ويخالف هذا النص نص التقنين الجديد فى أمور ثلاثة : أولا – مدة التقادم فى التقنين الجديد سنة، وهى ثمانية أيام فى التقنين السابق . ثانياً – وهى مدة تقادم فى التقنين الجديد، ومدة سقوط لا مدة تقادم فى التقنين السابق (الأستاذان أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ٤١٦). ثالثاً – وتسرى المدة فى التقنين الجديد من وقت التسليم ، وفى التقنين السابق من وقت العلم اليقينى بالعيب (نقض مدنى ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ، رقم ٤٧ ص ٣٠٧). وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : «وعدل المشروع أحكام المادة ٣٢٤/٤٠٢ من التقنين المدنى الحالى (السابق) ، وهى تقضى بوجوب تقديم دعوى الضمان الناشئ عن عيوب خفية فى ظرف ثمانية أيام من وقت العلم بها وإلا سقط الحق فيها . فراعى أن هذه المدة قصيرة لا تكاد تتسع لرفع الدعوى ، وقرر أن التقادم لا يتم إلا بانقضاء سنة من وقت تسليم المبيع حتى لو لم يكشف المشترى العيب إلا بعد ذلك (م ٥٩٧ من المشروع) ، فأطال المدة إلى سنة، ولكنه جعلها تسرى من وقت التسليم لا من وقت العلم بالعيب وهذا أكثر تحقيقاً لاستقرار التعامل» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٢٤) . وإذا كان التقنين السابق جعل المشترى يبادر إلى رفع الدعوى فى ثمانية أيام، فإن التقنين الجديد جعله يبادر إلى إخطار البائع بالعيب فى خلال مدة معقولة ثم يرفع الدعوى خلال سنة من وقت تسلم المبيع .

ومدة السقوط فى التقنين السابق بوجه عام أقصر من مدة التقادم فى التقنين الجديد ، ولكنها قد تكون أطول إذا لم يعلم المشترى بالعيب إلا بعد نحو سنة من تسلمه للمبيع بحيث أنه لو ضم إلى هذه المدة ثمانية أيام كان المجموع أطول من سنة .

ويبدو أنه لا محل لتطبيق المادة ٨ مدنى فى تنازع التقنينين الجديد والسابق من حيث الزمان، لأن المدة فى التقنين السابق مدة سقوط وهى مدة تقادم فى التقنين الجديد كما سبق القول . ومن ثم يسرى التقنين السابق فى عقود البيع التى أبرمت قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، ويسرى التقنين الجديد فى عقود البيع التى أبرمت بعد ذلك .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : **التقنين المدنى السورى** م ٤٢٠ (مطابقة للمادة ٤٥٢ مصرى – وانظر فى القانون المدنى السورى الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٢١٤ – فقرة ٢١٥).

التقنين المدنى الليبى م ٤٤١ (مطابقة للمادة ٤٥٢ مصرى) .

=

ونرى من ذلك أن مدة التقادم فى دعوى ضمان العيوب الخفية مدة قصيرة» (1)، وذلك حتى يستقر التعامل ولا يكون البائع مهدداً بهذا الضمان أمداً طويلا يتعذر بعده التعرف على منشأ العيب وهل هو قديم فيضمن أو حادث فلا يضمن . والمدة كما نرى سنة واحدة تسرى من وقت تسلم المشترى للمبيع ، ففى هذا الوقت يصبح من الممكن للمشترى أن يفحص المبيع ليتبين ما إذا كان فيه عيب موجب للضمان (١)(2). ومتى انقضت السنة سقطت بالتقادم دعوى ضمان العيب الخفى ، حتى لو كان المشترى لم يعلم بالعيب إلا

= **التقنين المدنى العراقى** م ٥٧٠ : ١ – لا تسمع دعوى ضمان العيب إذا انقضت ستة أشهر من وقت تسليم المبيع حتى لو لم يكشف المشترى العيب إلا بعد ذلك ، ما لم يقبل البائع أن يلتزم بالضمان لمدة أطول . ٢ – وليس للبائع أن يتمسك بهذه المدة لمرور الزمان إذ ثبت أن إخفاء العيب كان بغش منه. (وهذه الأحكام تتفق مع أحكام التقنين المصرى ، فيما عدا أن المدة فى التقنين العراقى ستة أشهر وهى فى التقنين المصرى سنة – انظر فى القانون المدنى العراقى الأستاذ حسن الذنون فقرة ٢٦٨ والأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٥٣٨ – فقرة ٥٤٢).

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٤٦٣ : إن الدعوى الناشئة عن وجود عيب موجبة لرد المبيع أو عن خلوه من الصفات الموعود بها يجب أن تقام على الوجه التالى وإلا سقط الحق فى إقامتها : (٩١) تقام من أجل الأموال الثابتة فى خلال ٣٦٥ يوماً بعد التسليم . (٢) وتقام من أجل المنقولات والحيوانات فى خلال ثلاثين يوماً بعد التسليم على شرط أن يرسل إلى البائع البلاغ المنصوص عليه فى المادة ٤٤٦ . وهاتان المهلتان يمكن تمد يدهما أو تقصيرهما باتفاق المتعاقدين . (وهناك فرقان بين أحكام التقنين اللبنانى وأحكام التقنين المصرى : (١) المدة فى التقنين اللبنانى ٣٦٥ يوماً للعقار وثلاثون يوماً للمنقول، وهى فى التقنين المصرى سنة لكل من العقار المنقول . (٢) يمكن الاتفاق على تقصير المدة فى التقنين اللبنانى ، ولا يمكن ذلك فى التقنين المصرى) .

(١) ولذلك يجب أن يكون التسليم فعلياً ، فلا يكفى التسليم الحكمى، ولو أن المادة ٤٥٢ مدنى فى حالتنا هذه لم تصرح بذلك كما صرحت المادة ٤٣٤ مدنى فى خصوص العجز والزيادة فى مقدار المبيع (أنظر الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٨٠ ولكن قارن ص ٣٢٧ هامش ١ – وانظر الأستاذ عبدالفتاح عبدالباقى ص ٢٨٥ – الأستاذ جميل الشرقاوى ص ٢٨٤ – ص ٢٨٥ – الأستاذ عبدالمنعم البدراوى فقرة ٣٥١ – الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٩٤).

(1) من المقرر أنه لا يجوز الاتفاق على أن يتم التقادم فى مدة تختلف عن المدة التى عينها القانون بنص المادة ٤٥٢ من القانون المدنى إذ لا يجوز أن يترك تحديد مدة التقادم لمشيئة الأفراد ويحظر كل تعديل اتفاقى فى مدة التقادم المقرر بالقانون ، كما أن اقرار المشترى بأنه عاين المبيع عند تسليمه المعاينة النافية للجهالة لا يمنعه من طلب الفسخ للعيب الخفى .

(جلسة ١٩٨٨/٦/٥ الطعن ١٤٧٠ لسنة ٥٥ق).

(2) أ – دعوى ضمان العيب فى الشئ المبيع تسقط أما بعدم اخطار المشترى البائع بالعيب فى الوقت الملائم لاهماله فى فحص الشئ أو الاخطار عنه . واما بانقضاء سنة من وقت تسليم المبيع ولو وقع الاخطار أو لم يعلم المشترى بالعيب الا بعد ذلك ما لم يكن هناك غش من البائع بان تعمد اخفاء العيب.

=

بعد انقضاء هذه السنة ، فقد أراد المشرع أن يستقر التعامل كما قدمنا ، فمتى سلم البائع للمبيع للمشترى وانقضت سنة على هذا التسليم أمن البائع تبعة ضمان العيب الخفى واطمأن إلى استقرار الصفقة ، غير ملق بالا إلى ما إذا كان المشترى سيطلع فيما بعد على عيب فى المبيع .

ومدة السنة يجوز قطعها وفقاً للقواعد المقررة فى قطع مدة التقادم [١]، ولكنها لا توقف فى حق من لا تتوافر فيه الأهلية أو فى حق الغائب أو فى حق المحكوم عليه بعقوبة جنائية، ولو لم يكن له نائب يمثله قانونياً ، لأن المدة لا تزيد على خمس سنوات (م ٢/٣٨٢ مدنى). وتوقف المدة إذا وجد سبب للوقف غير الأسباب المتقدمة ـ(م ١/٣٨٢ مدنى) .

ولا يجوز الاتفاق على تقصير هذه المدة ، لأن الأصل أنه لا يجوز الاتفاق على أن يتم التقادم فى مدة تختلف عن المدة التى عينها القانون [٢] . وإذا كان يجوز الاتفاق على إطالة السنة ، فذلك لأنه ورد فى هذا الشأن نص صريح ، إذ تقول العبارة الأخيرة من الفقرة الأولى من المادة ٤٥٢ مدنى : «ما لم يقبل البائع أن يلتزم بالضمان مدة أطول» . وإذا إضفنا إلى

= (جلسة ١٩٨٥/١٢/٣١ الطعن ٥٣٧ لسنة ٥٥ ق)

(جلسة ٢٠٠٠/٢/٢٧ الطعن ٤٨٩٩ لسنة ٦٨ ق).

ب – وجود عيب بالمبيع يمكن كشفه بالفحص المعتاد ، التزام المشترى بإخطار البائع به خلال مدة معقولة. اعتباره قابلا للمبيع بحالته ويسقط حقه فى الضمان بعدم إخطاره البائع أو إهماله فى فحص المبيع ولو لم تكن مدة تقادم دعوى الضمان قد انقضت . العيب الذى لا يمكن كشفه بالفحص المعتاد . بقاء حق المشترى فى الضمان طوال المدة اللازمة لاجراء الفحص الفنى اكتشافه العيب بالفحص . التزامه بإخطار البائع به بمجرد ظهوره وإلا عد قابلا للمبيع بحالته وسقط حقه فى الضمان ولو لم يكن مدة التقادم قد انقضت . م ٤٤٩ من القانون المدنى .

(جلسة ٢٠٠٠/٢/٢٧ الطعن ٤٨٩٩ لسنة ٦٨ ق).

(١) ولا يكفى إخطار البائع بالعيب لقطع التقادم ، بل يجب لقطعه عمل تتوافر فيه الشروط التى يتطلبها القانون .

(٢) أنظر مع ذلك ما جاء بالمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٢٧) من أنه يجوز الاتفاق على إنقاص مدة السنة ، وهو غير صحيح – قارن الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٩٥ والأستاذ محمد على إمام ص ٣٩١ والأستاذ عبدالفتاح عبدالباقى ص ٢٨٦ وص ٢٨٧ والأستاذ جميل الشرقاوى ص ٢٨٨ والأستاذ عبدالمنعم البدراوى فقرة ٣٥١ ص ٥٢١ وفقرة ٣٥٧ والأستاذ منصور مصطفى منصور ص ٢١٠ ، ويذهبون مع المذكرة الإيضاحية إلى جواز الاتفاق على أنقاص مدة التقادم .

ذلك الفقرة الثانية من المادة ٤٥٢ مدنى ، تبين أن مدة التقادم فى ضمان العيب الخفى تكون أطول من سنة فى حالتين : (١) إذا اتفق المتعاقدان على إطالة مدة السنة . كذلك يجوز بعد تمام السنة أن ينزل البائع لو ضمناً عن التقادم بعد أن اكتمل ، وفقاً للقواعد العامة (م٢/٣٨٨ مدنى) . (٢) إذا أثبت المشترى أن البائع قد تعمد إخفاء العيب عنه غشا[١]، فعند ذلك تكون مدة التقادم خمس عشرة سنة من وقت البيع لا من وقت التسليم[1]، رجوعاً إلى الأصل بعد أن خرجنا من نطاق الاستثناء . فاذا كشف المشترى العيب الذى أخفاه عنه البائع غشاً حتى بعد انقضاء السنة ، كان له أن يرفع دعوى ضمان العيب فى خلال خمس عشرة سنة من وقت البيع كما قدمنا [٢] .

٣ – الاتفاق على تعديل أحكام ضمان العيب الخفى

٣٧٨ – النصوص القانونية : تنص المادة ٤٥٣ من التقنين المدنى على ما يأتى :

«يجوز للمتعاقدين باتفاق خاص أن يزيدا فى الضمان أو أن ينقصا منه أو أن يسقطا هذا الضمان ، على أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلا إذا كان البائع قد تعمد إخفاء العيب فى المبيع غشاً منه» .

وتنص المادة ٤٤٥ على ما يأتى :

(١) ولا يكفى مجرد علم البائع بالعيب، فلو علم بالعيب ولكن لم يتعمد إخفاءه غشاً كانت مدة التقادم سنة من وقت التسليم .

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : «ثم أجاز (المشروع) أن تطول السنة فى حالتين : (أولا) إذا قبل أن يلتزم بالضمان لمدة أطول، وهذا اتفاق على تعديل الضمان بالزيادة فيه وسيأتى ذلك . (ثانيا) إذا تعمد البائع إخفاء العيب عن غش منه ، فلا تسقط دعوى الضمان فى هذه الحالة إلا بخمس عشرة سنة «مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٢٤)

(1) أ – مفاد نص المادة ٤٥٢ من القانون المدنى أن الالتزام بضمان العيوب الخفية يسقط بمضى سنة من وقت تسلم المشترى للمبيع ، غير أنه إذا تعمد البائع اخفاء العيب عن غش منه فلا تسقط دعوى الضمان فى هذه الحالة إلا بمضى خمس عشرة سنة من وقت البيع .

(جلسة ١٩٧٥/١٠/٢٨ الطعن ٦٠٨ لسنة ٤٠ ق س ٢٦ ص ١٣٤٥)

(جلسة ١٩٧٠/٤/٢٣ مجموعة أحكام النقض السنة ٢١ ص ٦٩٧)

ب – مدة التقادم المنصوص عليها فى المادة ٤٥٢ خاصة بدعوى ضمان العيوب الخفية ، أما دعوى ضمان الاستحقاق فأنها لا تتقادم إلا بخمس عشرة سنة .

(جلسة ١٩٧٨/٤/٢٧ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٩ ص ١١٤٥)

«إذا ضمن البائع صلاحية المبيع للعمل مدة معلومة ثم ظهر خلل فى المبيع ، فعلى المشترى أن يخطر البائع بهذا الخلل فى مدة شهر من ظهوره وأن يرفع الدعوى فى مدة ستة شهور من هذا الإخطار وإلا سقط حقه فى الضمان ، كل هذا ما لم يتفق على غيره» (1) .

ويقابل النص الأول فى التقنين المدنى السابق المادة ٣٢١/٣٩٦ (2) ، ولا مقابل للنص الثانى ولكنه تطبيق للقواعد العامة إلا فيما يتعلق بالمواعيد المذكورة فيه .

ويقابل النصان فى التقنينات المدنية العربية : فى التقنين المدنى السورى المادتين ٤٢١ و ٤٢٣ – وفى التقنين المدنى الليبى المادتين ٤٤٢ و ٤٤٤ – وفى التقنين المدنى العراقى المادتين ٥٦٧ – ٥٦٨ – وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادتين

---

(1) **تاريخ النص :**

م ٤٥٣ : ورد هذا النص فى المادة ٥٩٩ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق مع ما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد، فيما عدا أن نص المشروع التمهيدى لم يكن يشتمل على عبارة «غشا منه» الواردة فى آخر النص . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٤٦٦ فى المشروع النهائى. ووافق عليه مجلس النواب . وأضافت لجنة مجلس الشيوخ عبارة «غشا منه» فى آخر النص، وقد أصبح رقمه ٤٥٣. ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٢٦ – ١٢٨) .

م ٤٥٥ : ورد هذا النص فى المادة ٦٠١ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق مع ما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد، فيما عدا أن نص المشروع التمهيدى كان يجعل المدة التى ترفع فيها الدعوى سنة لا ستة شهور ، ولم يشتمل على عبارة «كل هذا ما لم يتفق على غيره» الواردة فى آخر النص. ووافقت لجنة المراجعة على النص بعد تعديل المدة التى ترفع فيها الدعوى من سنة إلى ستة شهور، وأصبح رقم ٤٦٨ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب . وأضافت لجنة مجلس الشيوخ عبارة «كل هذا ما لم يتفق على غيره» فى آخر النص ، لأن الأحكام الواردة فى النص من قبيل القواعد المتممة التى يجوز الاتفاق على مخالفتها ، وأصبح رقم النص ٤٥٥ . ووافق مجلس الشيوخ عليه كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٣٠ – ص ١٣١) .

(2) **التقنين المدنى السابق** م ٣٢١/٣٩٦ : وكذلك لا يكون وجه لضمان البائع إذا كان قد أشترط عدم ضمانه للعيوب الخفية إلا إذا ثبت علمه بها .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى خصوص هذا النص : «ويقتصر التقنين الحالى (السابق) فى نصوصه علي صورة إسقاط الضمان ، فيقرر جواز ذلك ما لم يكن قد ثبت علم البائع بالعيب (م ٣٢١/٣٩٦). أما المشروع فيشترط لبطلان شرط الإسقاط أن يكون البائع قد تعمد أخفاء العيب كما تقدم» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٢٧) . انظر فى القانون المدنى السابق الأستاذين أحمد نجيب الهلالي وحامد زكي فقرة ٤١٣ – وانظر فى سريان نصوص التقنين الجديد من حيث الزمان ما يلى فقرة ٣٧٩ فى الهامش) .

٤٦٠ – ٤٦١ (1) .

ويتبين من هذه النصوص أنه قد يقع اتفاق بين المتبايعين على تعديل أحكام ضمان العيب الخفى كما أوردناها فيما تقدم ، وقد يتخذ هذا الاتفاق صورة خاصة هى ضمان البائع صلاحية المبيع للعمل . فنبحث كلامن المسألتين .

٣٧٩ – تعديل أحكام ضمان العيب الخفى باتفاق خاص : أحكام ضمان العيب الخفى، كأحكام ضمان التعرض والاستحقاق ، ليست من النظام العام (2) ، فيجوز للمتبايعين أن يتفقا على تعديلها (1) . والتعديل قد يكون – كما فى ضمان التعرض والاستحقاق – بالزيادة أو بالإسقاط .

---

(1) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدنى السورى م ٤٢١ و ٤٢٣ (مطابقتان للمادتين ٤٥٣ و ٤٥٥ مصرى – وانظر فى القانون المدنى السورى الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٢١١ – فقرة ٢١٣) .

التقنين المدنى الليبى م ٤٤٢ و ٤٤٤ (مطابقتان للمادتين ٤٥٣ و ٤٥٥ مصرى) .

التقنين المدنى العراقى م ٥٦٧ : ١ – إذا ذكر البائع أن فى المبيع عيباً فاشتراه المشترى بالعيب الذى سماه له، فلا خيار له فى رده بالعيب المسمى ، وله رده بعيب آخر . ٢ – وإذا اشترط البائع براءته من كل عيب أو من كل عيب موجود بالمبيع ، صح البيع والشرط وان لم يسم العيوب . ولكن فى الحالة الأولى يبرأ البائع من العيب الموجود وقت العقد ومن العيب الحادث بعده قبل القبض، وفى هذه الحالة الثانية يبرأ من الموجود دون الحادث .

م ٥٦٨ : ١ – يجوز أيضاللمتعاقدين باتفاق خاص ان يحددا مقدار الضمان . ٢ – على أن كل شرط يسقط الضمان أوينقصه يقع باطلا إذا كان البائع قد تعمد إخفاء العيب .

(وأحكام التقنين العراقى فى مجموعها كأحكام التقنين المصرى، وانظر ما سنذكره فيما يلى فقرة ٣٧٩ فى الهامش . ولم يذكر ضمان البائع صلاحية المبيع للعمل ، ولكن هذا الضمان ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة – وأنظر فى القانون المدنى العراقى الأستاذ حسن الذنون فقرة ٢٦٤) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٤٦٠ : لا يكون البائع مسئولا عن العيوب الظاهرة ولا عن العيوب التى سبق للمشترى أن عرفها أو كان من السهل عليه أن يعرفها . وإنما يكون مسئولا ، حتى عن العيوب التى كان من السهل على المشترى أن يعرفها ، إذا صرح البائع بخلو المبيع منها .

م ٤٦١ : لا يسأل البائع عن عيوب المبيع ولا عن خلوه من الصفات المطلوبة : أولا – إذا صرح بها. ثانياً: إذا كان قد اشترط أنه لا يتحمل ضماناً ما .

(وأحكام التقنين اللبنانى فى مجموعها لا تختلف عن أحكام التقنين المصرى ، ولم يذكر التقنين اللبنانى ضمان البائع صلاحية المبيع للعمل ، ولكن هذا الضمان تطبيق للقواعد العامة) .

(2) استئناف مختلط ١٧ مايو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٢٥ .

(1) يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على تعديل أحكام الضمان، وإذا لم يذكر فى عقد البيع التزامات صريح خاصة بالضمان فان القانون يفرض ان المتعاقدين ارادا ما بينه فى مواده ، اما اشتمال العقد على ما قر القانون بعبارات عامه فأنه لا يدل على أن البائع تعهد بضمان أشد مما فرضه القانون .

(جلسة ١٩٧٦/١١/١٦ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٧ ص ١٥٨٣) =

فالاتفاق على زيادة ضمان العيوب الخفية قد يتعلق بأسباب الضمان أو بمدى التعويض المستحق عند تحقق الضمان . مثل الزيادة في أسباب الضمان أن يشترط المشترى على البائع أن يضمن له كل عيب في المبيع لم يتبينه وقت التسليم حتى لو أمكن تبينه من طريق الفحص بعناية الرجل العادى، أو أن يتفق معه على إطالة مدة التقادم فتكون أكثر من سنة وقد سبق ذكر ذلك . وضمان البائع صلاحية المبيع للعمل إنما هو ضرب من الاتفاق على زيادة أسباب الضمان كما سنرى . ومثل زيادة مدى التعويض عند تحقق الضمان أن يشترط المشترى ، إذا ظهر عيب في المبيع يجيز رده على البائع ، أن يسترد المصروفات الكمالية حتى لو كان البائع حسن النية ، أو أن يسترد أعلى القيمتين قيمة المبيع سالماً أو الثمن . فكل هذه الشروط التى من شأنها أن تزيد في ضمان البائع للعيب الخفي جائزة، ويجب العمل بها.

والاتفاق على إنقاص الضمان قد يتعلق أيضاً إما بأسباب الضمان وإما بدعوى التعويض. مثل إنقاص أسباب الضمان أن يشترط البائع على المشترى ألا يضمن له عيباً معيناً يذكره بالذات ، أو ألا يضمن له العيوب التى لا تظهر إلا بالفحص الفنى المتخصص[1] . وقد قدمنا أنه لا يجوز إنقاص الضمان من ناحية الاتفاق على تقصير مدة التقادم ، بالرغم مما جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد . ومثل أنقاص مدى التعويض أن يشترط البائع على المشترى ، إذا رد المبيع المعيب عليه ، ألا يرد للمشترى إلا أقل القيمتين قيمة المبيع سليماً أو الثمن ، أو ألا يرد إلا قيمة المبيع سليماً دون أن يدفع أى تعويض آخر . وقد يتفق بائع السيارة مع المشترى على أنه إذا ظهر عيب في بعض أجزاء السيارة انحصر الضمان في استبدال أجزاء سليمة بهذه الأجزاء المعيبة في خلال مدة معينة[2]. فكل هذه شروط جائزة ، ويجب العمل بها . إلا أنه يشترط في صحتها ألا يكون البائع عالماً بالعيب الذى اشترط عدم ضمانه فتعمد أخفاءه عن المشترى غشاً منه، ذلك أنه لا يستطيع شخص أن يعفى نفسه باتفاق خاص من المسئولية عن غشه[3] . ولا

= (جلسة ١٩٦٤/٧/٧ مجموعة احكام النقض السنة ١٥ ص ٩٢٠)
(جلسة ١٩٥٦/٢/١١ مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض في الـ ٢٥ عاما قاعدة ٨٢ ص ٣٥٨)

(١) وكاشتراط البائع عدم ضمان لون المبيع وصبغته (أنسيكلوبيدى داللوز ٥ لفظ Vice Réd ص ٤١ – الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٨٥).

(٢) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٣٩ ص ١٥٩ .

(٣) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ك «ما تقدم من أحكام الضمان ليس من النظام العام فيجوز الاتفاق على زيادة الضمان كما لو اشترطت مدة أطول من سنة لرفع الدعوى، أو على إنقاصه كما لو اشترطت مدة أقل من سنة (؟) أو اشترط قصر الضمان على العيوب =

يكفى أن يكون البائع عالماً بالعيب ، بل يجب أيضاً أن يتعمد أخفاءه . فاذا كان البائع عالماً بالعيب ولم يتعمد أخفاءه عن المشترى واشترط عدم ضمانه لهذا العيب ، جاز شرط عدم الضمان . وفسر ذلك بأن البائع قد نبه المشترى باشتراطه عدم الضمان إلى احتمال وجود العيب، ولم يغشه بتعمد أخفاء العيب عنه ، فقبل المشترى تحمل هذه المخاطرة ، ولابد أن يكون قد روعى ذلك في تقدير ثمن المبيع . ويقرب من هذا أن يكون العيب ظاهراً أو في حكم الظاهر أو معلوماً من المشترى ، فقد قدمنا أن البائع لا يضمنه . فكما أن خفاء العيب شرط في وجوب الضمان ، كذلك ظهور العيب أو علم المشترى به هو بمثابة اتفاق ضمنى على عدم الضمان .

والاتفاق على إسقاط الضمان يكون باشتراط البائع على المشترى عدم ضمانه لأى عيب يظهر في المبيع . ويصح هذا الشرط ، فلا يكون البائع ضامناً لأى عيب يظهر في المبيع[1]، حتى لو كان يعلم بوجود عيوب معينة ولكنه لم يتعمد إخفاءها عن المشترى[2] ويكون المشترى في هذه الحالة بمثابة من اشترى ساقط الخيار كما رأينا في

= التى لا تظهر إلا بعد الفحص الفنى ، أو على إسقاط الضمان أصلا . غير أن الاتفاق على الإنقاص أو الإسقاط باطل إذا اقترن بتعمد البائع لإخفاء العيب» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٢٧).

(١) وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٥٦٧ من التقنين المدنى العراقى على ما يأتى : «وإذا اشترط البائع براءته من كل عيب أو من كل عيب موجود في المبيع ، صح البيع والشرط وإن لم يسم العيوب. ولكن في الحالة الأولى يبرأ البائع من العيب الموجود وقت العقد ومن العيب الحادث بعده قبل القبض، وفي الحالة الثانية يبرأ من الموجود دون الحادث» (أنظر آنفاً فقرة ٣٧٨ في الهامش) ، وظاهر من هذا النص أن شرط براءة البائع من كل عيب شرط مطلق يعم العيب الموجود بالمبيع وقت البيع والعيب الحادث بعده وقبل القبض، أما شرط براءة البائع من كل عيب موجود بالمبيع فقد أريد به تخصيص العيوب الموجودة بالمبيع وقت البيع لأنها هى العيوب التى كانت موجودة في هذا الوقت فلا ينصرف الشرط إلى غيرها. وقد ساير التقنين العراقى في هذا الحكم الفقه الحنفى على خلاف في هذا الفقه . والعبرة في القانون المصرى بتفسير نية المتعاقدين ، فإن أرادا الإطلاق برئ البائع من ضمان كل العيوب ويدخل العيب الحادث بعد البيع وقبل القبض ، حتى لو كان الشرط هو براءة البائع من كل عيب موجود بالمبيع. وإذ أراد التخصيص برئ البائع من ضمان العيوب الموجودة وقت العقد دون العيوب التى تحدث بعد ذلك حتى لو كان الشرط هو براءة البائع من كل عيب .

(٢) وكان التقنين المدنى السابق (م ٣٩٦/٣٢١) يقضى بغير ذلك ، فكان لا يصح شرط إسقاط الضمان إذا ثبت علم البائع بالعيب (أنظر آنفاً فقرة ٣٧٨ في الهامش) . والعبرة بتاريخ تمام البيع ، فإن تم قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ كان شرط إسقاط الضمان مع علم المشترى بالعيب باطلا، وإلا كان صحيحاً وفقاً لأحكام التقنين الجديد .

وفى التقنين المدنى الفرنسى (م ١٦٤٣) لا يجوز شرط إسقاط الضمان مع علم البائع بالعيب، كما كان الأمر في التقنين المدنى المصرى السابق . وانقسم الفقه الفرنسى في إسقاط الضمان مع علم البائع بالعيب إذا كان المشترى قد اشترى ساقط الخيار (à ses risques et périls) ، فرأى يذهب إلى إسقاط الضمان (أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٥ مكررة ص ٨٥ وهامش ٢٠ – بلانيول وريبير وهامل ١٠

ضمان التعرض والاستحقاق ، ويراعى ذلك عادة في تقرير ثمن المبيع . ونرى من ذلك أن شرط إسقاط الضمان لا يصح إذا كان البائع عالماً بعيب في المبيع وتعمد إخفاءه عن المشترى غشاً منه ، لأنه يكون في هذه الحالة قد اشترط عدم مسئوليته عن الغش وهذا لا يجوز (١) .

٣٨٠ – ضمان البائع صلاحية المبيع للعمل : في بعض الأشياء الدقيقة الصنع السريعة الخلل ، كالآلات الميكانيكية والسيارات والساعات والثلاجات والدفايات والبطاريات الكهربائية وأجهزة الراديو ، يشترط المشترى على البائع أن يضمن له صلاحية المبيع للعمل مدة معينة ، سنة أو سنتين أو نحو ذلك . فالمشترى في هذه الحالة يزيد من ضمان البائع، لأنه لا يشترط خلو المبيع من العيوب فحسب ، بل يشترط أيضاً صلاحية المبيع للعمل بقطع النظر عما إذا كان فيه عيب أو لم يكن (٢). والذى يعنى المشترى في مثل هذه الحالات هو أن يكون المبيع صالحا للعمل ، ولا يعنيه أن يكون عدم الصلاحية راجعاً إلى عيب معين . ذلك أن تركيب المبيع في هذه الحالات يقتضى عادة دقة فنية ، أى خلل فيها يجعل المبيع غير صالح للعمل ، دون أن يمكن إسناد ذلك إلى عيب بالذات . ومن هنا يجئ احتياط المشترى ، فيحصل من البائع على ضمان صلاحية المبيع للعمل مدة معلومة ، ويطمئن بذلك إلى أنه اشترى شيئاً صالحاً للعمل هذه المدة على الأقل ، ويغلب أن المبيع إذا صلح للعمل هذه المدة يكون صالحاً للعمل بعد انقضائها إلى المدى المألوف في التعامل. وهذا الشرط جائز ، ويجب العمل به .

ويتميز هذا الضمان الخاص عن زيادة الضمان بوجه عام فيما يأتى :

أولا – أنه يجعل الضمان شاملاً لأى نوع من الخلل في المبيع حتى لو لم يكن هذا عيباً ، فيكفى ألا يكون المبيع صالحاً للعمل حتى يتحقق الضمان (٣) . وغنى عن البيان أن هذا الضمان لا يمنع ضمان البائع للعيوب الخفية ، فيضمن ظهور عيب في المبيع ولو لم

= فقرة ١٣٩ ص ١٦٠) ، ورأى يذهب إلى عدم إسقاطه (لوران ٢٤ فقرة ٣٠٥ – جيوار ١ فقرة ٣٥٤ – بودرى وسينيا فقرة ٤٢١).

(١) ومثل ذلك أن يكون العيب ناشئاً من فعل البائع ، فيكون باطلا الاتفاق على عدم ضمان هذا العيب أو الاتفاق المطلق على إسقاط الضمان (الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٨٦) .

(٢) قارن الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٩٦ – وقد يرجع عدم صلاحية المبيع للعمل إلى عيب ظاهر غير خفى ، فيضمنه البائع بالرغم من ظهوره وعدم خفائه ، ومن ثم كان هذا الشرط زيادة في الضمان المعتاد (بودرى وسينيا فقرة ٤٢٤ ص ٤٣٤).

(٣) وذلك ما لم يكن عدم الصلاحية للعمل راجعاً إلى المشترى ، كأن تسقط الساعة من يده فتتكسر (الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٢١١) .

يكن من شأنه جعل المبيع غير صالح (١) ، كالعيب في طلاء الساعة الخارجى (٢) ، فتسرى القواعد المقررة في ضمان العيب الخفى ومن أهمها أن تكون مدة التقادم سنة لا ستة شهور وأن يكون الإخطار في الوقت الملائم لا في مدة شهر (٣) .

ثانياً – أن يقترن بمدة معينة يكون فيها البائع مسئولا عن الضمان ، وهى مدة يقدر المشترى أنها تكفى لتجربة صلاحية الشئ للعمل كما إذا كان المبيع ساعة أو سيارة ، أو أنها تكفى لاستهلاك المبيع ذاته كاشتراط سنة لصلاحية البطارية الكهربائية .

ثالثاً – أن المدة التى يجب فيها أن يخطر المشترى البائع بالخلل هى شهر من وقت ظهوره (1)، وإلا سقط الضمان . وفى الضمان العادى لم تحدد مدة للإخطار ، بل يكون ذلك في الوقت الملائم كما سبق القول . ولا يوجد ما يمنع من أن يتفق المتعاقدان في الحالة التى نحن بصددها على أن تكون مدة الإخطار أكثر من شهر أو أقل ، فليست أحكام هذا النص من النظام العام ، فيجوز الاتفاق على ما يخالفها كما ورد صراحة في النص (٤) .

رابعاً – أن المدة الواجب رفع دعوى الضمان فيها هى ستة شهور من وقت الإخطار. وفى الضمان العادى المدة سنة من وقت تسليم المبيع كما قدمنا . ولا يوجد ما يمنع من الاتفاق على أن تكون المدة أقل من ستة شهور . فليست المدة هنا مدة تقادم بل هى

(١) بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٤٨٩ .

(٢) الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٢١١ .

(٣) أنسيكلوبيدى داللوز ٥ لفظ Vice Réd فقرة ٧٥ – ويكون هذا بحسب إرادة المتعاقدين ، فان كانا يريدان جعل هذا الضمان يحل محل ضمان العيوب الخفية لم يكن للضمان الأخير محل إلى جانبه، وإن كانا يريدان هذا الضمان بالإضافة إلى ضمان العيوب الخفية دون أن يحل محله وجب العمل بهذه الإرادة . أنظر في هذه المسألة وفي أنه يغلب أن يريد المتعاقدان احلال هذا الضمان محل العيوب الخفية بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٤٠ ص ١٦١ . ويذهب أوبرى ورو إلى أن المفروض في هذا الضمان أنه يمنع الضمان الخاص العادى ما لم يكن البائع يعلم بالعيب فيضمنه الضمان العادى إلى جانب الضمان الخاص (أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٥ مكررة ص ٨٨) .

(٤) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٣١ – ويجوز رفع دعوى الضمان مباشرة ويعتبر إعلان صحيفتها أخطاراً كافياً ، ولكن المشترى يعرض نفسه لتحمل مصروفات الدعوى إذا سلم البائع بحقه .

(1) التزام البائع بضمان صلاحية المبيع للعمل المدة المتفق عليها . شرطه. وجوب اخطاره بالخلل في المبيع في مدة شهر من ظهوره ورفع الدعوى بذلك خلال ستة أشهر من هذا الإخطار . جواز الاتفاق على ما يخالف تلك المواعيد لعدم تعلقها بالنظام العام .

(جلسة ١٩٩٨/٥/١٣ الطعن ١٠٩٠٩ لسنة ٦٦ ق)

مدة سقوط وهى ليست من النظام العام فتجوز إطالتها ويجوز تقصيرها باتفاق خاص . أما مدة السنة فى الضمان العادى فهى مدة تقادم ، تجوز إطالته ولا يجوز تقصيرها كما سبق القول.

خامساً – يكون التعويض عادة فى هذا الضمان أن البائع يصلح المبيع حتى يعود صالحاً للعمل ، وإذا لم يكن قابلا للإصلاح أبدله بمثيل له يكون صالحاً (١).

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى خصوص النص الذى نحن بصدده ما يأتى : «هذا نص جديد نقل عن المشروع الفرنسى الإيطالى (م ٣٧٤)، ولا نظير له في التقنين الحالى (السابق) . ويقصد به ضمان صلاحية المبيع في الأشياء الدقيقة كالآلات الميكانيكية والسيارات ونحو ذلك . فاذا وجد شرط صريح بضمان البائع لصلاحية المبيع للعمل مدة معلومة ، ثم ظهر خلل أثناء هذه المدة ، فالواجب أن يخطر المشترى البائع فى مدة شهر من ظهور الخلل وإلا سقط حقه فى الضمان ، وأن يرفع الدعوى فى مدة سنة (ستة أشهر) من هذا الاخطار . ويجوز رفع الدعوى مباشرة وتعتبر صحيفتها أخطاراً كافية ولكن المشترى يعرض نفسه لتحمل مصروفات الدعوى إذا سلم البائع بحقه . ويلاحظ أن ميعاد الإخطار في هذه الحالة الخاصة قد تحدد بشهر ، خلافاً لحالة ضمان العيب بوجه علم حيث نص على أن الإخطار يكون في الوقت الملائم . وغنى عن البيان أنه يجوز الاتفاق على تعديل ميعاد الشهر والسنة (والستة الأشهر) (٢).

٤ – تمييز ضمان العيوب الخفية عما يقاربه من النظم القانونية

٣٨١ – بعض النظم القانونية التى تقارب ضمان العيوب الخفية : الآن وقد فرغنا من بسط أحكام ضمان العيوب الخفية فحددنا هذا الضمان ، نستكمل تحديده بتمييزه عن بعض النظم القانونية الأخرى التى تقاربه وقد تلتبس به فى بعض الحالات . ونذكر من هذه النظم الغلط والتدليس والفسخ لعدم التنفيذ والعجز فى المقدار وضمان الاستحقاق الجزئى .

(١) بودرى وسينيا فقرة ٤٢٤ – بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٤٠ – الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٨٨ – الأستاذ جميل الشرقاوى ص ٢٩٠ – الأستاذ عبدالمنعم البدراوى فقرة ٣٥٩ – الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٩٦ .

وهذا حتى لو لم يذكر كيف يكون التعويض . فإذا كان إصلاح المبيع متعذراً ، رجع المشترى على البائع وفقاً للقواعد المقررة فى ضمان العيب الخفى ، فيرد المبيع أو يستبقيه مع التعويض إذا كان العيب جسيما ، وإذا كان العيب غير جسيم اكتفى بالتعويض (الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٨٨) . ويجوز الاتفاق على تعديل مدى التعويض، بأن يشترط المشترى رد المبيع ولو لم يكن العيب جسيماً أو يشترط البائع عدم رده ولو كان العيب جسيماً (الأستاذ منصور مصطفى منصور ص ٢١٢).

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٣٠ ص ١٣١ .

٣٨٢ – التمييز بين ضمان العيوب الخفية والغلط : قد يقع الغلط فى صفة جوهرية للمبيع ، فاذا كانت هذه الصفة تتصل بصلاحية المبيع للغرض الذى أعد له بحيث أن انتفاءها يجعله غير صالح لهذا الغرض ، فان البيع يكون فى هذه الحالة قابلا للابطال للغلط، ويكون فى الوقت ذاته منشئاً لضمان العيوب الخفية . فاذا اشترى شخص فرساً على أنه صالح للسباق فوجده غير صالح له ، أمكن القول إن المشترى وقع فى غلط فى صفة جوهرية فى الشئ ، وأمكن القول فى الوقت ذاته إن البيع به عيب خفى . فيجوز للمشترى فى هذه الحالة أن يرجع على البائع أما بدعوى الغلط وإما بدعوى ضمان العيوب الخفية. فيختار إحداهما ولكنه لا يجمع بينهما . فاذا رجع بدعوى الغلط وجب أن يثبت أن البائع كان واقعاً فى غلط مثله أو كان يعلم أو يستطيع أن يعلم بالغلط الذى وقع فيه ، ويستوى أن يكون قد اشترى الفرس مساومة أو اشتراه في مزاد قضائى أو إدارى ، ويجب أن يرفع الدعوى فى خلال سنوات من وقت علمه بالغلط أو فى خلال خمس عشرة سنة من وقت البيع بحسب الأحوال وهذه هى المدة التقادم فى دعوى الغلط . ويطلب فى هذه الدعوى إبطال البيع، فاذا حكم بالإبطال اعتبر البيع كأن لم يكن ، فاسترد المشترى الثمن مع التعويض إن كان له مقتض ورد المبيع (١) . أما إذا رجع المشترى بضمان العيوب الخفية فالأمر يختلف عن كل ما تقدم : لا يطلب من المشترى إلا أن يثبت أن الغرض المقصود من الفرس هو أن يكون صالحاً للسباق وقد ظهر أنه غير صالح لهذا الغرض . ولا يطلب منه أن يثبت بعد ذلك أن البائع كان يجهل ذلك أو يعلمه ، فسواء جهله أو علمه ، وسواء اشترك مع المشترى فى غلط مشترك أو لم يشترك ، وسواء علم بوقوع المشترى فى غلط جوهرى أو لم يعلم ، ففى جميع الأحوال قد ثبت أن بالمبيع عيباً خفياً يوجب الضمان . ومن هنا نرى أن العيب الخفى أمر موضوعى محض ، أما الغلط فأمر ذاتى محض (٢)، وإن كان الأمران قد اجتمعا معاً فى المثل الذى نحن بصدده . وإذا كان المشترى قد اشترى الفرس فى مزاد قضائى أو إدارى امتنع عليه أن يرفع دعوى ضمان العيب ، وقد رأينا أن لا يمنع عليه فى هذه الحالة رفع دعوى الغلط . ويجب على المشترى رفع دعوى ضمان العيب خلال سنة من وقت تسلمه الفرس بعد أن يخطر البائع بالعيب فى الوقت الملائم ، وقد رأينا فى دعوى الغلط أن المشترى لا يخطر البائع بشئ وله أن يرفع الدعوى فى ثلاث سنوات أو فى خمسة

(١) وقد قضت الفقرة الثانية من المادة ٤١٩ مدنى بأنه «إذا ذكر فى عقد البيع أن المشترى عالم بالمبيع، سقط حقه فى طلب إبطال البيع بدعوى علمه به ، إلا إذا أثبت تدليس البائع» . فإذا ذكر المشترى فى عقد البيع أنه عالم بالمبيع ، سقط حقه إذن فى طلب إبطال البيع بسبب الغلط ، ولكن لا يسقط حقه فى الطعن بسبب العيب الخفى . وقد قضت محكمة النقض بأن المادة ٤٥١ مدنى (٢/٤١٩ جديد) خاصة بحوالة حصول الغلط فى البيع لا بحالة ظهور العيوب الخفية، وعلى ذلك فإن طلب الفسخ للعيب الخفى لا يمنع منه أن يكون المشترى قد أقر عند تسليم المبيع بأنه قد عاينه وفحصه بمعرفة أحد رجال الفن (نقض مدنى ٢ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٦٩ ص ١٥٦).

(٢) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١١٦ ص ١٣٩ .

عشرة سنة بحسب الأحوال . ويطلب المشترى فى دعوى ضمان العيب إما رد الفرس إلى البائع وأخذ تعويض منه ليس هو الثمن ، وإما استبقاء الفرس وأخذ تعويض عما أصابه من الضرر بسبب العيب . وقد رأينا فى دعوى الغلط أن البيع يزول بأثر رجعى ويعتبر كأن لم يكن، ويسترد المشترى الثمن مع التعويض إن كان له مقتض ، ويرد الفرس للبائع وليس له أن يستبقيه مع أخذ تعويض [(١)] .

وهذه الفروق الكبيرة بين الدعويين تجعل من المهم أن نعرف متى يكون هناك محل لدعوى الغلط دون دعوى ضمان العيب ، ومتى يكون هناك محل لدعوى ضمان العيب دون دعوى الغلط ، فقد يقع أن يلتبس الغلط بالعيب الخفى فيصبح من الضرورى التمييز بينهما . فالغلط أمر ذاتى كما قدمنا ، وهو يقع فى صفة جوهرية فى المبيع جعلها المشترى محل اعتباره ، ولكن دون أن تتصل هذه الصفة الجوهرية حتما بالغرض الذى أعد له المبيع. أما العيب الخفى فأمر موضوعى كما سبق القول ، وهو يقع فى الغرض الذى أعد له المبيع فيجعله غير صالح لهذا الغرض ، سواء كان هذا محل اعتبار ذاتى عند المشترى أو لم يكن [(٢)]ومن ثم قد يوجد الغلط دون أن يوجد العيب الخفى . فاذا اشترى شخص أثاثاً لغرفة استقبال معتقداً أنه من طراز معين تبين بعد ذلك أنه ليس من هذا الطراز، أو اشترى سيارة أو آلة ميكانيكية معتقداً أنها من «ماركة» معينة فتبين أنها ليست من هذه «الماركة»، كان هذا غلطاً فى صفة جوهرية فى المبيع . وليس من الضرورى أن يكون هذ عيباً خفياً، فقد يكون الأثاث الذى اشتراه – أو السيارة أو الآلة الميكانيكية – صالحاً كل الصلاحية للغرض المقصود ، بل قد يكون أكثر صلاحية من الطراز الذى أراده المشترى، فلا يمكن القول فى هذه الحالة أن المبيع به عيب خفى . عند ذلك لا يستطيع المشترى أن يرجع على البائع بضمان العيوب الخفية ، وليس أمامه إلا أن يرجع بدعوى الغلط فيراعى أحكام هذه الدعوى وبخاصة الأحكام التى سبق ذكرها .

---

(١) استئناف مختلط ٦ مايو سنة ١٨٩٧م ٩ ص ٣٢٧ – بودرى وسينيا فقرة ٤١٤ .

(٢) فمن وقع فى غلط فى المبيع يكون قد اشترى شيئاً غير الشئ الذى قصد شراءه ، أما من اشترى شيئاً معيناً فقد اشترى الشئ الذى قصد شراءه وإن كان به عيب . فإذا اشترى شخص بذوراً على أنها «تقاوى» قطن السكلاريدس ، فتبين أنها ليست «تقاوى» أصلا أو أنها «التقاوى» لقطن غير السكلاريدس، فإنه يكون قد وقع فى غلط جوهرى . أما إذا كانت البذور هى تقاوى لقطن السكلاريدس ولكنها فقدت قوة الإنتاج ، فليس هذا بغلط وإنما هو عيب خفى (استئناف مختلط ١٣ يناير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٦١) .

ويقول بعض الفقهاء العيب أوسع من الغلط ، لأنه يقع فى صفة غير جوهرية فى الشئ مما لا يؤثر فى صلاحيته للغرض الذى أعد له . وهو فى الوقت ذاته أضيق من الغلط ، لأن أية صفة يعتبرها المتعاقدان جوهرية فى الشئ يجوز أن يقع فيها غلط ، وقد لا يكون من شأنه هذا الغلط أن يؤثر فى صلاحية الشئ للغرض الذى أعد له فلا يكون الغلط عيباً (بيدان ١١ فقرة ٢٦٤).

أما أن يوجد العيب الخفى دون أن يوجد الغلط ، فهذا أمر نادر . ذلك أن العيب الخفى معناه أن بالمبيع عيباً يجعله غير صالح للغرض المقصود فيغلب أن يكون العيب واقعاً فى صفة جوهرية اعتبرها المشترى، ويكون المشترى غير عالم بالعيب، وهذا هو عين الغلط [(١)] . ومع ذلك قد يقع أن يكون العيب الخفى غير متصل بصفة جوهرية فى المبيع كانت هى محل اعتبار المشترى . ففى المثل المتقدم إذا اشترى شخص أثاثاً لغرفة استقبال من طراز معين فوجدها من هذا الطراز ، ولكن وجد به عيباً خفياً ينقص من صلاحيتها للغرض المقصود ، فان له فى هذه الحالة أن يرفع دعوى ضمان العيب الخفى وليس له أن يرفع دعوى الغلط ، فلا يرد المبيع إلى المشترى بل يستبقيه مع أخذ تعويض عن الضرر الذى لحقه بسبب العيب [(٢)] . فاذا كان العيب جسيما بحيث لو كان المشترى قد علم به لما أقدم على الشراء ، وهذا هو العيب الذى يجيز رد المبيع ، فان هذا معناه أن العيب قد اتصل بصفة جوهرية فى المبيع ، وهنا تختلط دعوى ضمان العيب دعوى الغلط [(٣)](1)، ويكون المشترى أن يختار إحداهما على النحو الذى بسطناه .

٣٨٣ – التمييز بين ضمان العيوب الخفية والتدليس : وقد يقوم ضمان العيب دون أن يكون هناك تدليس ، وذلك فيما إذا كان البائع لا يعلم بالعيب أو كان يعلمه ولكنه لم يدلس على المشترى بأن تعمد مثلا أن يخفى عنه العيب . وقد يقوم التدليس دون أن يقوم

---

(١) ولكن إذا كان البائع عالماً بالعيب غير أنه يعتقد أن المشترى عالم به مثله ، لم يجز للمشترى أن يرفع دعوى الغلط لأن البائع غير مشترك معه فيه وغير عالم بوقوعه ، فلا يبقى أمامه إلا أن يرفع دعوى ضمان العيوب الخفية إذا كان العيب الذى لحق بصفة جوهرية فى المبيع حدث بعد البيع وقبل التسليم، فلا يمكن أن يقال فى هذه الحالة أن المشترى قد وقع فى غلط عند البيع .

(٢) وإذا اشترى شخص حلياً على أنها من ذهب ، فإن وجدها من فضة مذهبة رفع دعوى الغلط، أما إن وجدها من ذهب خالص ولكن بالذهب عيب ينقص من قيمته رفع دعوى ضمان العيب. وإذا اشترى شخص صورة زيتية على أنها من صنع رسام معروف، فان وجدها من غير صنعه رفع دعوى الغلط، وأن وجدها من صنعه ولكن بالصورة عيوب تنقص من قيمتها رفع دعوى ضمان العيب (بودرى وسينيا فقرة ٤٢٥ مكررة خامساً – كولان وكابيتان ٢ فقرة ٨٣٠ – الأستاذ محمد على إمام فقرة ٢٣١ – الأستاذ محمد كامل مرسى ص ٣٣٥ – الأستاذ عبدالفتاح عبدالباقى فقرة ١٦٧ – الأستاذ جميل الشرقاوى فقرة ٧٦ – الأستاذان أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ٤٢٠ – فقرة ٤٢١).

(٣) أنظر الأستاذ محمد على إمام ص ٣٩٤ – الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٩٧ – وقارن الأستاذ عبدالمنعم البدراوى فقرة ٤٢٧ .

(1) مجال تطبيق المادة ٤١٩ من القانون المدنى هى حصول غلط فى المبيع ، أما حالة ظهور العيوب الخفية فيحكمها نص المادة ٤٤٧ من القانون المذكور ، ومن ثم فلا يمنع من طلب الفسخ للعيب الخفى أن يكون المشترى قد أقر عند تسلم المبيع بأنه عاينه معاينة نافية للجهالة .

(جلسة ١٩٦٢/٥/١٤ الطعن ٦ لسنة ٢٧ ق س ١٣ ص ٨٠٨).

ضمان العيب ، وذلك فيما إذا كان الغلط الذى انساق إليه المشترى عن طريق التدليس لا يتصل بالغرض المقصود من المبيع ، ولكن بصفة جوهرية فيه كانت هى محل اعتبار المشترى(١) . وقد يجتمع ضمان العيب مع التدليس ، وذلك فيما إذا كان بالمبيع عيب خفى تعمد البائع إخفاءه عن المشترى غشاً معه ، فيجوز للمشترى عند ذلك رفع دعوى ضمان العيب أو رفع دعوى التدليس(٢) .

والفروق بين الدعويين كبيرة كالفروق التى بين دعوى ضمان العيب ودعوى الغلط. ففى التدليس يجب أن يكون البائع ، لا سيئ النية فحسب، بل أيضاً مدلساً أى أن يكون قد عمد إلى طرق احتيالية ليوقع المشترى فى الغلط ، أما فى ضمان العيب فيصح أن يكون البائع حسن النية(٣) . وفى التدليس يصح أن يكون البيع بالمزاد القضائى أو الإدارى ، ويمتنع ذلك فى ضمان العيب . وفى التدليس يجب رفع الدعوى خلال ثلاث سنوات أو خمس عشرة سنة كما فى الغلط ، أما فى ضمان العيب فيجب رفع الدعوى بعد الإخطار بالعيب خلال ثلاث سنوات من وقت تسلم المبيع . وفى التدليس يحكم القاضى بإبطال البيع فيزول بأثر رجعى ويعتبر كأن لم يكن فيسترد المشترى الثمن مع التعويض ويرد المبيع، أما فى العيب الخفى فيبقى البيع وقد يرد المشترى المبيع وقد لا يرده ويقتضى من البائع تعويضاً يشتمل على عناصر معينة غير عناصر التعويض فى التدليس .

٣٨٤ – التمييز بين ضمان العيوب الخفية والفسخ لعدم التنفيذ : وقد يتلاقى ضمان العيب مع الفسخ لعدم التنفيذ ، فيتميزان تارة ويختلطان أخرى . يقوم الفسخ لعدم التنفيذ دون أن يقوم ضمن العيب إذا اشترط المشترى مثلا أن يكون المبيع فى حالة جيدة، فيتبين أنه ليس فى هذه الحالة وأن كان فى حالة صالحة تماماً للأغراض المقصودة منه ، فيجوز للمشترى أن يطلب فسخ العقد لعدم تنفيذ البائع لا لتزامه من تسليم المبيع فى حالة جيدة، ولكن لا يجوز له أن يرجع على البائع بضمان العيب لأن المبيع خال من كل عيب وهو صالح للغرض المقصود (٤) . ويقوم ضمان العيب دون أن يقوم الفسخ لعدم التنفيذ إذا وجد

(١) وقد رأينا أن العيب إذا كان مما يمكن تبينه بالفحص المعتاد ولم يتبينه المشترى لعدم خبرته، لم يكن هناك محل لضمان العيب . ولكن يكون للمشترى أن يتمسك بالتدليس إذا تعمد البائع إخفاء العيب عن المشترى غشاً منه بالرغم من أن المشترى كان لا يتبينه حتى لو لم يخفه عنه البائع . فهنا يقوم التدليس دون أن يقوم ضمان العيب (أنظر آنفا فقرة ٣٦٧ فى الهامش) .

(٢) بيدان ١١ فقرة ٢٦٥ – بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٢٦ ص ١٣٨ .

(٣) كولان وكابيتان ٢ فقرة ٩٣٠ .

(٤) ومثل ذلك أيضا أن يشترط المشترى أن يكون المبيع مصنوعاً من مادة معينة ، فاذا به مصنوع من مادة أخرى، وإن كان صالحاً للغرض المقصود ، فيكون للمشترى دعوى الفسخ لعدم تنفيذ البائع لالتزامه دون دعوى ضمان العيوب الخفية. وقد قضت محكمة النقض بأن العيب الذى تترتب عليه دعوى ضمان العيوب الخفية هو الآفة الطارئة التى تخلو منها الفطرة السليمة للمبيع . فإذا كان ما يشكو منه =

المشترى المبيع فى الحالة التى اشترطها ، ولكن وجد به عيباً خفياً ينقص من صلاحيته للغرض المقصود . فعند ذلك يكون للمشترى الرجوع على البائع بضمان العيب ، ولكن لا يجوز له أن يطلب فسخ العقد لعدم التنفيذ(١) . وإذا اشترط المشترى أن يكون المبيع فى حالة صالحة للغرض المقصود(٢) ، ثم تبين أن المبيع ليس فى هذه الحالة ، جاز للمشترى أما أن يرجع بالفسخ لعدم التنفيذ لأن البائع لم ينفذ التزامه من تسليم العين فى حالة صالحة للغرض المقصود ، وإما أن يرجع بضمان العيب لوجود عيب فى المبيع يجعله غير صالح للغرض المقصود ، فيجتمع هنا الفسخ لعدم التنفيذ وضمان العيب(٣) .

والرجوع بالفسخ لعدم التنفيذ يختلف عن الرجوع بضمان العيب . ففى الرجوع بالفسخ لا يشترط أن يكون المشترى غير عالم بالعيب ، ويشترط ذلك فى ضمان العيب. ويجوز الفسخ حتى لو كان البيع بمزاد قضائى أو مزاد إدارى ، ولا يجوز ضمان العيب. ومدة التقادم فى الفسخ خمس عشرة سنة من وقت إخلال البائع بالتزامه ، وهى سنة واحدة من وقت التسليم فى ضمان العيب ، والفسخ يزيل العقد بأثر رجعى فيعتبر كأن لم يكن ، ويرد المشترى المبيع ويسترد الثمن مع التعويض إن كان له مقتض . أما فى ضمان العيب فالبيع قائم، وعلى أساسه إما أن يرد المشترى المبيع ويأخذ تعويضاً من المشترى ، وإما أن يستبقى المبيع مع أخذ تعويض(٤) .

٣٨٥ – التمييز بين ضمان العيوب الخفية والعجز فى مقدار المبيع : وقد يكون هناك عجز فى مقدار المبيع ، فلا يلتبس ذلك بالعيب الخفى . إذ العجز فى مقدار المبيع هو نقص

= المشترى هو أن المبيع وجد مصنوعاً من مادة غير المادة المتفق عليها ، فذلك لا يعتبر عيباً خفياً موجباً لضمانه ، فالحكم الذى يؤسس قضاءه بالفسخ على القول بوجود عيب خفى فى المبيع هو مخالفة المادة التى صنع منها للمادة التى دلت عبارات العقد صراحة على أنها كانت الموضوع المعتبر فيه يكون مخالفاً للقانون متعيناً نقضه (نقض مدنى ٨ أبريل سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٩٦ ص ٥٨٧) – أنظر أيضاً استئناف مختلط ٥ يونيه سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٣٨٨ – ١٩ ديسمبر سنة ١٩٣٤ م ٤٧ ص ٦٩ – ١٥ مايو سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٣١٣ .

(١) وكذلك لو وجد المشترى المبيع مطابقاً للعينة ، ولكن العينة ذاتها كان بها عيب خفى ، فعند ذلك يكون للمشترى دعوى ضمان العيوب الخفية دون دعوى الفسخ لعدم التنفيذ (بلانيول وريبير وهامل ١٠ ص ١٣٨ هامش ١) .

(٢) أو كفل البائع للمشترى وجود صفات معينة فى المبيع ثم تبين أن المبيع خال منها أو من بعضها، جاز هنا أن يرجع المشترى على البائع بضمان العيوب الخفية كما سبق القول ، وجاز أيضاً أن يرجع بالفسخ لعدم التنفيذ . ولكل من الدعويين أحكامها الخاصة بها كما سنرى (قارن الأستاذ منصور مصطفى منصور ص ٢١٨ – ص ٢١٩ ، ويذهب بعد تردد إلى عكس ما نذهب إليه) .

(٣) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٢٦ ص ١٣٧ .

(٤) الأستاذ عبدالمنعم البدراوى فقرة ٣٤٦ .

فى كميته ، أما العيب الخفى فى المبيع فنقص فى صفته، والنقص فى الكم غير النقص فى الكيف .

وتختلف دعوى العجز عن دعوى العيب فى أن الأولى لا تفترض حسن نية المشترى والثانية تفترض حسن نيته ، وفى أن الأولى تجوز فى بيع بالمزاد القضائى أو الإدارى والثانية لا تجوز . وتتفق الدعويان فى أن مدة التقادم فى كل منهما سنة واحدة من وقت التسليم الفعلى، وفى أن المشترى يستطيع رد المبيع أو استبقاءه إذا كان العجز أو العيب جسيما وليس له رد المبيع إذا كان العجز أو العيب غير جسيم . ولكن فى دعوى العجز إذا رد المشترى المبيع يكون ذلك عن طريق فسخ البيع فيزول بأثر رجعى ويعتبر كأن لم يكن ، أما فى دعوى العيب فلا يكون عن طريق فسخ البيع بل إن البيع يبقى كما سبق القول [1] .

٣٨٦ – التمييز بين ضمان العيوب الخفية وضمان الاستحقاق الجزئى : يتقارب الاستحقاق الجزئى من العيب من ناحية ما يعود على المشترى من الخسارة بسبب كل منهما، إلى حد أن المشرع جعل الجزاء واحداً فى الاثنين كما رأينا . ولكن الاستحقاق الجزئى لا يفرض وجود عيب فى المبيع بل يفرض حقاً للغير عليه ، فالمبيع سليم من ناحية مادته ومعيب من ناحية ملكيته . أما العيب فيفرض وجود عيب فالمبيع لاحقاً للغير عليه، فالمبيع معيب من ناحية مدته وسليم من ناحية ملكيته . وقد كان القانون الفرنسى القديم يخلط بين الاثنين فى حالة ظهور حق ارتفاق على المبيع ، فيعتبر هذا عيباً خفياً، والصحيح أنه استحقاق جزئى ، لأن حق الارتفاق حق للغير على المبيع لا عيب فى ذات المبيع .

ويختلف ضمان الاستحقاق الجزئى عن ضمان العيب الخفى فى أن المشترى فى ضمان الاستحقاق لا يشترط أن يكون حسن النية ويشترط ذلك فى ضمان العيب، وفى أن ضمان الاستحقاق جائز فى البيع بالمزاد القضائى أو الإدارى وضمان العيب غير جائز، وفى أن مدة التقادم فى ضمان الاستحقاق خمس عشرة سنة من وقت الاستحقاق والمدة فى ضمان العيب سنة واحدة من وقت التسليم . ويتفق الاثنان فى الجزاء كما قدمنا ، فيجوز للمشترى فى ضمان الاستحقاق وفى ضمان العيب رد المبيع أو استبقاؤه إذا كان الاستحقاق أو العيب جسيما، ولا يجوز له الرد إذا كان الاستحقاق أو العيب غير جسيم، وإذا رد المبيع فان ذلك لا يكون عن طريق فسخ البيع بل يبقى البيع فى الحالتين كما سبق القول [2] .

---

(١) الأستاذ عبدالمنعم البدراوى فقرة ٣٤٤ .

(٢) الأستاذ عبدالمنعم البدراوى فقرة ٣٤٥ .

وقد يكون المبيع غير مشروع فلا يعتبر هذا مجرد عيب فى المبيع ، ويكون البيع باطلا (أنسيكلوبيدى =

الفرع الثانى
التزامات المشترى

٣٨٧ – التزامات ثلاثة : يلتزم المشترى ، بموجب عقد البيع ذاته ودون حاجة إلى ذكر خاص ، بالتزامات ثلاثة : (١) الوفاء بالثمن (٢) تحمل مصروفات البيع (٣) تسلم المبيع [1] .

المبحث الأول
الوفاء بالثمن

٣٨٨ – التزام الوفاء بالثمن وجزاء الاخلال بهذا الالتزام : المشترى ملتزم بأن يفى للبائع بالثمن ، وقد رتب القانون للبائع ضمانات مختلفة تكفل له الوفاء بهذا الالتزام وتكون جزاء على الإخلال به .

فنبحث إذن : (١) التزام الوفاء بالثمن (٢) جزاء الإخلال بهذا الالتزام

المطلب الأول
التزام الوفاء بالثمن

٣٨٩ – المسائل التى تبحث فى هذا الالتزام : نبحث فى خصوص هذا الالتزام أمرين: أولا – على أى شئ يقع التزام الوفاء بالثمن . ثانياً – الزمان والمكان اللذين يجب فيهما الوفاء بهذا الالتزام .

= داللوز ٥ لفظ .Vice Réd فقرة ٥ – وعدم المشروعية يرجع إلى اعتبار فى القانون أما العيب فيرجع إلى اعتبار فى طبيعة الشئ . وقد يعتبر القانون عيوباً فى طبيعة الشئ – كما فى الأغذية – فيحرمه، فيجتمع الاعتباران ولكن اعتبار القانون يتغلب فيكون البيع باطلا (أنسيكلوبيدى داللوز ٥ لفظ Vice Réd فقرة ٢٠) . وقد يصل العيب من الجسامة إلى جعل المبيع فى حكم المعدوم ، كبيض فاسد أو فاكهة معطوبة أو حق مؤلف سقط ودخل فى الملك العام، فعند ذلك يكون البيع محله معدوم وقت العقد ويكون باطلا لانعدام المحل ، فلا يثار فى هذه الحالة العيب الخفى (الأستاذ عبدالمنعم البدراوى فقرة ٣٤٨) .

(١) يذكر تقنين الموجبات والعقود اللبنانى (م ٤٦٥) من هذه الالتزامات الثلاثة التزامين : دفع الثمن وتسلم المبيع .

١ – على أى شئ يقع التزام الوفاء بالثمن

٣٩٠ – الثمن والفوائد : يشمل التزام الوفاء بالثمن : (١) دفع الثمن المتفق عليه (٢) ودفع فوائد الثمن فى بعض الأحوال .

٣٩١ – دفع الثمن – احالة : دفع الثمن هو الالتزام الأساسى الواجب على المشترى [١] ليقابل الالتزام الأساسى الواجب على البائع بنقل ملكية المبيع ، إذ البيع إنما هو نقل ملكية المبيع فى مقابل دفع الثمن .

والثمن هو مبلغ من النقود يتفق عليه المتبايعان [٢] . وقد قدمنا عند الكلام فى الثمن [٣] أن الثمن يجب أن يكون نقوداً ، وأن يكون مقدراً أو قابلا للتقدير ، وأن يكون جدياً أى لا يكون صورياً ولا تافهاً ، فاذا توافرت هذه الشروط فى الثمن ، فقد صح ، وأصبح واجب الوفاء بالشروط التى يقررها العقد وفى الزمان والمكان اللذين سنبينهما فيما يلى. ومصروفات الوفاء بالثمن ، كنفقات ارساله عن طريق البريد أو عن طريق مصرف أو عن أى طريق آخر ، تكون فى الأصل على المدين به أى على المشترى طبقاً للمادة ٣٤٨ مدنى وهى تنص على أن «تكون نفقات الوفاء على المدين ، إلا إذا وجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك» . وطرق الوفاء بالثمن وشروط صحة الوفاء تخضع للقواعد المقررة فى الوفاء بالالتزام ، كما يجوز للمشترى عرض الثمن على البائع وإيداعه لحسابه إذا وجد سبب يدعو إلى ذلك ويكون هذا وفقاً للقواعد المقررة فى العرض والإيداع (أ) .

---

(١) وليس من الضرورى أن يكون المشترى هو الملتزم بدفع الثمن ، فقد يلتزم الغير فى نفس عقد البيع بدفع الثمن وتكون ملكية المبيع للمشترى (جوسران ٢ فقرة ١٠٢٧ – وأنظر آنفا فقرة ٢٠٣ فى الهامش. وتكون العلاقة ما بين البائع والمشترى هى العلاقة ما بين المتبايعين ، فيلتزم البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشترى وتسليمه إياه وضمان التعرض والاستحقاق والعيوب الخفية ، ويلتزم المشترى بتسلم المبيع. ولكن الغير هو الذى يلتزم نحو البائع بدفع الثمن والمصروفات ، فتكون علاقته بالبائع علاقة معاوضة، أما علاقته بالمشترى فتكون علاقة تبرع إذا كان متبرعاً له بالثمن ، أو بمقابل إذا كان يفى له ديناً أو يعطيه قرضاً أو نحو ذلك (بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٤٩٣ – أنسيكلوبيدى داللوز ٥ لفظ vente فقرة ١٥٦٧ – فقرة ١٥٦٩).

(٢) وقد يقل الثمن الذى يلتزم المشترى بدفعه عن الثمن المتفق عليه كما فى حالة استغلال البائع للمشترى، وقد يزيد كما فى حالة الشراء لعقار القاصر بغبن فاحش (الأستاذ عبدالفتاح عبدالباقى فقرة ٢٧٧ – الأستاذ جميل الشرقاوى فقرة ٧٨ – الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٩٩ ص ٢١١).

(٣) أنظر آنفا فقرة ٢٠٣ وما بعدها .

(أ) أ – من المقرر أنه لكى ينتج العرض والايداع أثرها كسبيل للوفاء أن يتما وفقا لأحكام قانون المرافعات وأن محضر الايداع الذى يعقب رفض الدائن للمبلغ المعروض عليه هو اجراء يقوم به المحضر ويلتزم فيه بشروط العرض التى اشترطها العارض بانذاره ، وإذ كان الثابت بمحضر الايداع المؤرخ .... والذى تم بناء على انذار العرض الموجه من المطعون ضده الخامس إلى المطعون ضدهم الاربعة =

= الاول فى ...... أن المحضر احال فيه إلى ما ورد بانذار العرض المذكور للمعروض عليهم أن يحكم له وحده دون الطاعن – المشتر الآخر – بصحة ونفاذ عقد البيع مما مؤداه أن هذا العرض والايداع لا ينتج أثره إلى فى الوفاء إلا لحساب العارض فقط دون أن يفيد منه المشترى الثانى ، وبالتالى فلا يعتبر ذلك العرض والايداع مبرئا لذمته فى الوفاء بقيمة الباقى من الثمن .

(جلسة ١٩٨٣/٥/٢٤ الطعون ٩٢٣ ، ١٠٤٩ ، ١٠٨٠ لسنة ٥١ ق س ٣٤ ص ١٢٩٢).

ب – من المقرر فى قضاء محكمة النقض أنه إذا كان الحكم بصحة ونفاذ عقد البيع يقوم مقام التوقيع امام الموثق على عقد البيع النهائى ويحل محله فى التسجيل ، فإذا كان وفاء باقى الثمن معلق على التوقيع على العقد النهائى فان اشتراط المشترى ألا يصرف للبائع باقى الثمن الذى أودعه خزينة المحكمة ألا بعد صدور حكم نهائى بصحة ونفاذ العقد هو اشتراط صحيح .

(جلسة ١٩٦٦/١١/١٥ الطعن ١٦٣ لسنة ٣٢ ق س ١٧ ص ١٦٨٨).

(جلسة ١٩٨٣/٥/٢٤ الطعن ٩٢٣ ، ١٠٤٩ ، ١٠٨٠ لسنة ٥١ ق س ٣٤ ص ١٢٩٢)

جـ – تصريح محكمة الموضوع للطاعنين بايداع باقى الثمن خزانة المحكمة لا يعتبر فصلا فى الخصومة مما تستنفد به المحكمة ولايتها ، ويجوز حجية الأمر المقضى .

(جلسة ١٩٨١/١١/١٨ الطعن ٣٨٨ لسنة ٤٨ ق س ٣٢ ص ٢٠٥٢)

د – المقرر فى قضاء النقض أنه لا يجوز لغير البائع أن يدفع دعوى صحة التعاقد لتخلف المشترى عن الوفاء بالتزامه بدفع باقى الثمن ، لان هذا الدفع هو ذات الدفع بعدم التنفيذ ولا يقبل إلا من المتعاقد الآخر. لما كان ذلك فأنه لا يقبل من الطاعن الذى لم يكن طرفا فى عقد البيع بل هو مشترى ثانى للعقار المبيع الطعن على الحكم فى خصوص ما قضى به من اعتبار العرض والايداع الحاصلين من المطعون ضده الاول صحيحيين وما رتبه على ذلك من اعتباره مبرئا لذمة هذا المشترى من الثمن.

(جلسة ١٩٨٣/٥/٢٤ الطعون ٩٢٣ ، ١٠٤٩ ، ١٠٨٠ لسنة ٥١ س ٣٤ ص ١٢٩٢)

هـ – قيام المشترى بايداع باقى الثمن على ذمة البائعين جميعا فى صفقة غير مجزأة مؤداه براءة ذمته من الثمن طالما أن الايداع لم يكن فى ذاته محل اعتراض ولكل من البائعين أن يستأدى حصته من الثمن المودع وفق الاجراءات المقررة قانونا .

(جلسة ١٩٨٣/١١/٢٤ الطعن ٧٠٥ لسنة ٥٠ ق س ٣٤ ص ١٦٩٢)

ز – الاستناد إلى العرض والايداع فى براءة الذمة من باقى الثمن ينطوى – وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض – على طلب القضاء بصحتهما.

(جلسة ١٩٨٤/١١/٧ الطعن ٤٧ سنة ٥١ ق س ٣٥ ص ١٨٠٣)

ح – إذا كانت الطاعنة – البائعة – لم تقدم ما يفيد تمسكها بما جاء بالنص من عدم الوفاء إطلاقا بالثمن الوارد بالعقد ، وهو دفاعه يخالطه واقع فلا تجوز اثارته لاول مرة أمام محكمة النقض .

(جلسة ١٩٨١/٦/٩ الطعن ٧٤ لسنة ٤٨ ق س ٣٢ ص ١٧٥٧)

ط – إذا كان الثابت من بيانات الحكم أن عرض المطعون عليهما باقى الثمن على الطاعنين حصل بعد رفع الدعوى امام محكمة أول درجة وظلا متمسكين بهذا العرض فى مواجهتهم رغم رفضهم قبوله فان ذلك يعد بمثابة عرض أبدى أمام المحكمة حال المرافعة ولا يلزم لصحته اتخاذ اجراءات أخرى كاعلامه هذا العرض عملا بالمادة ٧٩٢ من قانون المرافعات السابق .

(جلسة ١٩٦٣/٣/٢٨ الطعن ٢٨ لسنة ٢٨ س ١٤ ص ٣٩٨)

وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد يشتمل على نص فى هذا الخصوص هو المادة ٦٠٢ من هذا المشروع ، وكانت تقضى بأن «يلتزم المشترى بدفع الثمن المتفق عليه بالشروط التى يقررها العقد، وهو الذى يتحمل نفقات الوفاء» [١] . وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : «هذه النصوص تقرر التزام المشترى بدفع الثمن، وتبين ما الذى يجب أن يدفعه وفاء لهذا الالتزام . فهو يدفع الثمن المتفق عليه بالشروط التى يقررها العقد ، فقد يتفق على أن يدفع الثمن أقساطاً أو جملة واحدة. ويتحمل نفقات الوفاء وفقاً للقواعد العامة لأنه هو المدين بالثمن ، فعليه نفقات البريد أو غير ذلك من وسائل النقل إذا حمل الثمن إلى مكان بعيد» [٢]. وقد حذف هذا النص فى لجنة المراجعة ، لأنه مستفاد من القواعد العامة [٣].

٣٩٢ – دفع الفوائد – النصوص القانونية : وتنص المادة ٤٥٨ من التقنين المدنى على ما يأتى :

«١ – لا حق للبائع فى الفوائد القانونية عن الثمن إلا إذا أعذر المشترى أو إذا سلم الشئ المبيع وكان هذا الشئ قابلا أن ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى ، هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيره» .

«٢ – وللمشترى ثمر المبيع ونماؤه من وقت تمام البيع ، وعليه تكاليف المبيع من هذا الوقت أيضاً . هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيره» [٤].

---

(١) وكان هذا النص يقابل فى التقنين المدنى السابق : م ٤٠٦/٢٢٨ – يجب على المشترى وفاء الثمن فى الميعاد والمكان المعينين فى عقد البيع وبالشروط المتفق عليها فيه . م ٢٨٤ – ٣٥٦ – ومصاريف المشال ومصاريف دفع الثمن تكون على المشترى ، وهذا إن لم يقض العرف التجارى بخلاف ذلك فى جميع الأحوال .

(والحكم واحد فى التقنينين السابق والجديد – أنظر أيضا م ٥٧١ عراقى وم ٤٦٦ لبنانى)

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٤٠

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٢٨ – ص ١٢٩ فى الهامش .

(٤) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى المادتين ٦٠٣ و ٦٠٤ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : «م ٦٠٣ : لا يتقاضى البائع فوائد قانونية عن الثمن إلا إذا أعذر المشترى ، أو إذا أسلمه الشئ المبيع وكان هذا الشئ قابلا أن ينتج ثمرات أو أية أرباح أخرى ، هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيره» – م ٦٠٤ : للمشترى ثمر المبيع ونماؤه من وقت أن يصبح الثمن مستحقاً ، وعليه تكاليف المبيع من هذا الوقت أيضاً ، هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيره» . وفى لجنة المراجعة أدمجت المادتان فى مادة واحدة من فقرتين للارتباط الوثيق بينهما ، واقترح تعديل الحكم الخاص باستحقاق المشترى لثمر المبيع ونمائه وجعل الاستحقاق يبدأ من وقت التسليم ، واقترح تعديل مضاد يجعل الاستحقاق من وقت انعقاد البيع ، فأقرت اللجنة الاقتراح الأخير . وأصبحت المادة مطابقة لما استقرت عليه فى التقنين المدنى الجديد، وصار رقمها ٤٧١ فى المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٥٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٣٨ – ص ١٣٩ و ص ١٤١ – ص ١٤٢).

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى المادة ٣٣٠/٤١٠ [١] .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٤٢٦ – وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٤٤٧ – وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٥٧٢ – وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادتين ٣٩٦ و ٤١٧ [٢] .

ويخلص من هذا النص أن الأصل هو أن يمتلك المشترى ثمر المبيع ونماءه متحملا نفقاته من وقت تمام البيع ، ويقابل تملك المشترى للثمر والنماء أن يدفع للبائع الفوائد القانونية للثمن وقت تمام البيع أيضاً إن لم يكن قد دفع له الثمن فوراً عند البيع . فنعرض

---

(١) **التقنين المدنى السابق** م ٣٣٠ / ٤١٠ : إذا لم يحصل الاتفاق فى عقد البيع على احتساب فوائد الثمن، لا يكون للبائع حق فيها إلا إذا كلف المشترى بالدفع تكليفاً رسمياً ، أو كان المبيع الذى سلم ينتج منه ثمرات أو أرباح أخرى .

(وحكم التقنين السابق يتفق مع حكم التقنين الجديد، إلا أن التقنين الجديد زاد الفقرة الثانية من المادة ٤٥٨ الخاصة بتملك المشترى لثمرات المبيع ، هذا إلى أنه لم يشترط لاستحقاق الفوائد أن ينتج المبيع ثمرات كما اشترط التقنين السابق بل يكفى أن يكون المبيع قابلا لإنتاج الثمرات : المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٤١).

(٢) **التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدنى السورى** م ٤٢٦ (مطابقة للمادة ٤٥٨ مصرى – وأنظر فى القانون المدنى السورى الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٢٣٧ – فقرة ٢٣٨) .

التقنين المدنى الليبى م ٤٤٧ (مطابقة للمادة ٤٥٨ مصرى) .

التقنين المدنى العراقى م ٥٧٢ : ١ – لا حق للبائع فى الفوائد القانونية عن الثمن المستحق الأداء إلا إذا أعذر المشترى أو سلمه الشئ المبيع وكان هذا قابلا أن ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى، وذلك ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيره . ٢ – والزيادة الحاصلة فى المبيع بعد العقد وقبل القبض، كالثمرة والنتاج، تكون حقاً للمشترى ، وعليه تكاليف المبيع ، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك .

(ويتفق التقنين العراقى مع التقنين المصرى، إلا أن التقنين العراقى لا يوجب الفوائد القانونية عن الثمن إلا إذا كان مستحق الأداء ، أما إذا كان الثمن مؤجلا فالفوائد لا تكون إلا باتفاق على ذلك ولو تسلم المشترى المبيع القابل لإنتاج الثمرات – أنظر فى القانون المدنى العراقى الأستاذ حسن الذنون فقرة ٢٧٨ – فقرة ٢٨٥ – الأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٥٥٧ – فقرة ٥٦٤).

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٣٩٦ : يجب على المشترى منذ صيرورة العقد تاماً – ما لم يكن ثمة نص مخالف – أن يتحمل : أولا – الضرائب والتكاليف وسائر الأعباء المترتبة على المبيع . ثانيا – نفقات حفظ المبيع ومصاريف تحصيلها . ثالثاً – مخاطر العين المعينة .

م ٤١٧ أن جميع منتجات المبيع وجميع زياداته المدنية والطبيعية تصبح ملكاً للمشترى من تاريخ إتمام البيع. ويجب أن تسلم إليه مع المبيع – ما لم يكن هناك نص مخالف .

(وتتفق أحكام التقنين اللبنانى مع أحكام التقنين المصرى فيما يتعلق بثمرات المبيع ونمائه وتكاليفه. أما الفوائد فلم يرد نص فى شأنه فى التقنين اللبنانى ويبدو أن القواعد العامة هى الواجبة التطبيق فى هذه المسألة) .

إذن لهاتين المسألتين : (١) تملك المشترى لثمر المبيع ونماءه من وقت تمام البيع وتحمل نفقاته من هذا الوقت (٢) دفع المشترى للبائع الفوائد القانونية للثمن .

٣٩٣ – تملك المشترى لثمر المبيع ونمائه وتحمله لنفقاته : قدمنا أن من النتائج التى تترتب على أن البيع ينقل ملكية المبيع للمشترى أن يكون ثمر المبيع ونماؤه للمشترى باعتباره مالكاً له [١] . وبينا أن استحقاق المشترى للثمرات والنماء لا يرجع إلى أن هذه تعتبر من ملحقات المبيع فتسلم إليه مع المبيع ، بل يرجع إلى أن المشترى قد أصبح مالكاً للمبيع وباعتباره مالكاً يملك ثمر ملكه ونماء هذا الملك ويكون عليه تكاليفه [٢] .

ويترتب على ذلك أن المشترى لا يتملك ثمر المبيع ونماءه إلا من وقت أن تنتقل إليه ملكية المبيع . والملكية فى الشئ المعين بالذات تنتقل بالعقد ، أى من وقت تمامه ، إذا كان المبيع منقولا . وتنتقل كذلك بالعقد إذا كان المبيع عقاراً على أن يسجل العقد، فاذا ما سجل اعتبرت الملكية منتقلة – فيما بينه وبين البائع – بأثر رجعى من وقت تمام العقد [٣] . فيخلص من ذلك أن المشترى يتملك الثمرات والنماء ، فى المنقول والعقار على السواء، ما دام المبيع شيئاً معيناً بالذات ، من وقت تمام العقد كما يقول النص (م ٢/٤٥٨ مدنى) [٤][1] . ويستوى فى بيع العقار أن يكون

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢٣٩ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٨٣ .

(٣) أنظر ما قدمناه فى هذه المسألة آنفاً فقرة ٢٨٣ .

(٤) وقد قضت محكمة النقض بأن من اثار عقد البيع نقل منفعة المبيع إلى المشترى وبذلك تكون له ثمرته من تاريخ إبرام العقد حتى لو كان الثمن مؤجلا ، وذلك ما لم يوجد اتفاق مخالف ، وإذن فمتى كان الثابت فى عقد البيع أن المشترى لم يدفع الثمن إلى البائع إنما التزم بدفعه رأسا إلى البنك المرتهن لأطيان البائع الشائعة فيها الأطيان المبيعة خصما من دين الراهن ، فان ريع الأطيان المبيعة يكون من حق المشترى من يوم إبرام عقد البيع الصادر إليه ، حتى ولو لم يقم بتنفيذ التزامه بدفع الثمن إلى البنك المرتهن (نقض مدنى ١٥ فبراير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٦٧ ص ٣٥١). وقضت محكمة استئناف أسيوط بأن للمشترى الراسى عليه المزاد ما للمشترى العادى من الحقوق ، ومن ضمن ذلك استحقاقه لثمرات العين من يوم مرسى المزاد عليه . فإذا لم يقم بدفع الثمن طبقاً لشروط قائمة المزاد، فللدائنين أو المدين فى هذه الحالة إرغامه على الدفع بالطرق الجبرية واحتساب فائدة على الثمن من يوم مرسى المزاد فى حالة ما إذا كانت العين مثمرة أو من يوم تكليفه بالوفاء تكليفاً رسمياً إذا لم تكن كذلك (استئناف أسيوط ٢٩ مايو سنة ١٩٢٩ المجموعة الرسمية ٣٠ رقم ١١٥ ص ٢٧١).

(1) نص الفقرة الأولى من المادة ٤٥٨ من القانون المدنى – وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض – صريح فى أن للبائع الفوائد القانونية عما لم يدفع من الثمن متى كان قد سلم المبيع للمشترى، وكان هذا المبيع قابلا لانتاج ثمرات أو إيرادات أخرى، وتجب هذه الفوائد بغير حاجة إلى وجود اتفاق عليها ولا يعفى المشترى منها إلا إذا وجد اتفاق أو عرف يقضى بهذا الاعفاء ، ولم تشترط هذه المادة لاستحقاق الفوائد فى هذه الحالة اعذار المشترى كما لم تفرق بين ما إذا كان الثمن الذى لم يدفع =

المبيع مسجلا أو غير مسجل [1] ، ما دام للتسجيل أثر رجعى فيما بين المشترى والبائع كما قدمنا . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : «والبيع غير المسجل كالبيع المسجل من حيث استحقاق المشترى للثمرات» [١] . أما إذا كان المبيع شيئاً معيناً بنوعه، فقد رأينا أن ملكيته لا تنتقل إلا بالإفراز ، ومن وقت الإفراز أيضاً يتملك المشترى ثمرات المبيع ونماءه سواء تم التسليم عند الإفراز أو بعده . فاذا تراخى التسليم عن الإفراز كانت ثمرات المبيع ونماؤه الحاصلة من وقت الإفراز إلى وقت التسليم ملكاً للمشترى، لأنه هو المالك للمبيع كما سبق القول [٢] .

وثمرات المبيع تشمل الثمرات الطبيعية كالمحصولات ولبن الحيوان ، والثمرات المدنية كالريع والأجرة [٣] . ويدخل أيضاً المنتجات (produits) ، وهى التى لا تتجدد ، كما هو

= حال الأداء ، أم مؤجلا – وحكم هذه المادة يقوم على أساس من العدل الذى يأبى أن يجمع المشترى بين ثمرة البدلين – المبيع والثمن – وتعتبر استثناء من القاعدة المقررة فى المادة ٢٢٦ من القانون المدنى والتى تقضى بأن الفوائد القانونية لا تستحق إلا عن دين حل أداؤه وتأخر الدين فى الوفاء به ومن تاريخ المطالبة القضائية بها ، ومن ثم فلا يمنع من استحقاق البائع لفوائد الثمن أن يكون ما لم يدفع من الثمن مؤجلا من الأجل أو أن يصبح غير مستحق الاداء حالا لسبب يرجع إلى البائع أو أن يكون للمشترى الحق فى جلسة ما دام قد وضع يده على الاطيان المبيعة وكان فى استطاعته أن يحصل على ثمارها .

(جلسة ١٩٨٧/١/٢١ الطعن ٢٠٨١ لسنة ٥٢ ق)

(جلسة ١٩٨١/٤/١ الطعن ١٣٣ لسنة ٥٠ ق)

(جلسة ١٩٧٨/٣/٢٩ مجموعة احكام النقض السنة ٢٩ ص ٨٩٥)

(جلسة ١٩٦٧/٥/١٨ مجموعة أحكام النقض السنة ١٨ ص ١٠٦٨)

(جلسة ١٩٦٢/٦/١٤ مجموعة أحكام النقض لسنة ١٣ ص٨٠٨)

(1) يمتلك المشترى الثمرات والثمار من المنقول والعقار على السواء ما دام المبيع شيئا معينا بالذات من وقت تمام العقد وذلك ما لم يوجد اتفاق أو عرف مخالف ، يستوى فى بيع العقار أن يكون مسجلا أو غير مسجل لأن البائع يلتزم بتسليم المبيع إلى المشترى ولو لم يسجل العقد ومن ثم يكون للمشترى بعقد عرفى صفة المطالبة بريع الأرض مدة الاستيلاء عليها .

(جلسة ١٩٨٣/١١/٢٤ الطعن ٥٦١ لسنة ٥٠ ق)

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٤٠ .

(٢) ولكن لا يوجد ما يمنع من أن يتفق المتعاقدين على أن يكون للمشترى ثمار المبيع من أى وقت آخر من تاريخ سابق على تسجيل العقد أو على البيع نفسه أو على تسليم ، فيجوز إذن أن يتفقا على أن يكون إيجار الأطيان المبيعة للمشترى من تاريخ العقد الابتدائى ، وقد يستخلص هذا الاتفاق ضمنا من الاتفاق على أن يكون تسليم الأطيان من تاريخ العقد الابتدائى (نقض مدنى ٥ أبريل سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٠٦ ص ٦٣٦).

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأن وجود عقد إجارة ثابت التاريخ قبل البيع ليس من شأنه أن يمحو حق المشترى فى الثمرة من تاريخ البيع ، فإذا كان المستأجر قد احتفظ بالأجرة فعليه أن يؤديها إلى

الأمر فى المناجم والمحاجر ونحوها [١] .

ونماء المبيع ، ككبر الحيوان وسمنه ونتاجه [٢] ، يكون للمشترى من وقت تمام البيع كما فى الثمرات .

ومتى ثبت للمشترى الحق فى ثمرات المبيع ونمائه من وقت البيع ، فعليه من هذا الوقت أيضاً تكاليفه ، كالضرائب ونفقات حفظ المبيع وصيانته ونفقات الاستغلال ومصروفات تحصيل الثمرة ونحو ذلك [٣] ، لأن المبيع لم ينتج هذه الثمرات إلا بعد هذه التكاليف والغرم بالغنم [٤] .

وغنى عن البيان أن هذه الأحكام كلها ليست من النظام العام ، فيمكن الاتفاق على ما يخالفها ، كأن يشترط البائع أن تكون له ثمرات المبيع مدة معينة أو إلى وقت التسليم، أو يشترط المشترى أن تكون تكاليف المبيع أو الضرائب على البائع إلى وقت التسليم [٥](1) .

٣٩٤ – متى تستحق الفوائد القانونية على الثمن – وإذا كان المشترى لم يدفع الثمن إلى البائع ، سواء كان الثمن حالا واجب الدفع فوراً أو كان مقسطاً أو كان مؤجلا

= المشترى من هذا الوقت ، أما إذا كان قد أداها إلى البائع ، فعلى البائع أن يردها إلى المشترى (نقض مدنى ١٠ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة عمر ١ رقم ١٦ ص ٢٦) . وقضت أيضاً بأنه إذا جاء فى عقد بيع حصة من منزل «أن المشترى ينتفع بإيجارات حصته آلتى اشتراها، وأن الإيجار الحالى لهذه الحصة هو كذا ، وأنه إذا لم يتيسر للمشترى قبض حصته بموجب عقود الإيجار يحق له أن يخصم الإيجار الذى يخصه من ثمن المبيع» ، واستدلت المحكمة بذلك على أن المراد هو جعل المشترى مستحقاً لثمرة الحصة المبيعة مقدرة فى السنة الأولى بما كانت هذه الحصة مؤجرة به أى مبلغ كذا، ومقدرة فيما بعد فى السنوات التالية بما تؤجر به فى واقع الأمر وإن نقص عما كانت مؤجرة به فى السنة الأولى، ثم دعمت حكمها على مقتضى هذا التفسير بما يؤيده باعتبارات معقولة ، كان الحكم بعيداً عن رقابة محكمة النقض (نقض مدنى ٢١ مارس سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٣٨ ص ٦٤٦) .

(١) انظر م ٤١٧ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى آنفا فقرة ٣٩٢ فى الهامش .

(٢) قد يدخل نتاج الحيوان أيضا فى المنتجات .

(٣) انظر م ٣٩٦ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى أنظر آنفاً فقرة ٣٩٢ فى الهامش .

(٤) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٤٠ .

(٥) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٤٠ – ص ١٤١ – وقد يقضى العرف بأن يكون نتاج الحيوان مثلا للبائع حتى وقت التسليم ، أو أن تكون الضرائب عليه إلى هذا الوقت .

(1) للمتعاقدين بعقد ابتدائى أن يتفقا على أن تكون الثمار للمشترى من تاريخ سابق على تسلمه المبيع أو على المبيع نفسه اذ أن هذا الاتفاق لا يحرمه القانون وليس فيه ما يخالف النظام العام .

(جلسة ١٩٦٤/٧/٢ـ مجموعة أحكام النقض السنة ١٥ ص ٨٩٥)

إلى وقت معين ، فانه لا يكون مسئولا عن فوائد هذا الثمن إلا فى حالات ثلاث وردت فى الفقرة الأولى من المادة ٤٥٨ مدنى :

أولا – إذا وجد اتفاق بين البائع والمشترى على أن المشترى يدفع فوائد عن الثمن المستحق فى ذمته . وتكون الفوائد فى هذه الحالة فوائد اتفاقية لا فوائد قانونية، وللمتعاقدين الاتفاق على سعرها بحيث لا يزيد هذا السعر على ٧٪ وفقا للقواعد المقررة فى الفوائد الاتفاقية، وتستوى فى ذلك المسائل المدنية والمسائل التجارية . ويمكن بطبيعة الحال أن يتفق المتعاقدان على فوائد بالسعر القانونى ، يكون سعر الفوائد فى هذه الحالة ٤٪ فى المسائل المدنية و ٥٪ فى المسائل التجارية ، ولكنها مع ذلك تبقى فوائد اتفاقية لأنها لا تستحق بموجب حكم القانون بموجب الاتفاق [١] . والاتفاق هو الذى يحدد من أى وقت تسرى الفوائد المتفق عليها ، فقد يتفق على سريانها من وقت البيع ، أو من وقت حلول الأجل المتفق عليه لدفع الثمن ، أو من وقت تسلم المشترى للمبيع ولو لم يكن قابلا أن ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى [٢] . ويغلب أن يتفق المتعاقدان على الفوائد إذا كان الثمن مؤجلا أو مقسطاً ، فيشترط البائع على المشترى أن يدفع فوائد بسعر يتفق عليه من وقت ثبوت الثمن فى ذمة المشترى ، أى من وقت تمام البيع ، إلى وقت الوفاء بالثمن أو بكل قسط من أقساطه [٣] . ولكن لا يوجد ما يمنع البائع من أن يشترط على المشترى دفع فوائد بسعر

(١) وكذلك إذا اتفق المتعاقدان على فوائد دون تحديد سعرها ، فيكون هو السعر القانونى وتبقى الفوائد فوائد اتفاقية (بودرى وسينيا فقرة ٥٢١ ص ٥٥٧ – بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٤٧ ص ١٦٧) . وإذا اتفق المتعاقدان على سعر أقل من السعر القانونى ، سرت الفوائد بالسعر المتفق عليه ، فإذا حل الثمن كان للبائع أن يعذر المشترى بالدفع ومن وقت الإعذار تسرى الفوائد بالسعر القانونى لا بالسعر المتفق عليه (أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٦ هامش رقم ٢٠ . ثالثاً – بودرى وسينيا فقرة ٥٢٩ – بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٤٧ ص ١٦٩) .

(٢) فإذا لم يحدد الاتفاق وقتاً لسريان الفوائد ، سرت من وقت تمام البيع . ويكون ذلك بوجه خاص إذا سبق البيع وعد بالبيع وكان هناك اتفاق على دفع فوائد عن الثمن دون أن يعين موعد سريانها، فلا تسرى هذه الفوائد إلا من وقت أن ينقلب الوعد بالبيع بيعاً تاما (بودرى وسينيا فقرة ٥٣٠ – بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٤٧ و ص ١٦٧ هامش ١) .

(٣) وقد يتفق المتعاقدان على دفع فوائد بسعر معين عن ثمن مؤجل على أن تسرى هذه الفوائد من وقت البيع إلى وقت حلول الأجل لا إلى وقت الدفع الفعلى . فتنقطع فى هذه الحالة الفوائد الاتفاقية عند حلول الأجل ، وللبائع بعد ذلك ، إذا أعذر المشترى أن يدفع الثمن أو سلمه المبيع وكان قابلا أن ينتج إيراداً ، حق فى الفوائد القانونية من وقت الإعذار أو من وقت تسليم المبيع (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٤٧ ص ١٦٧ ، ويشيرون إلى حكم لمحكمة النقض الفرنسية فى أول ديسمبر سنة ١٩٤٧ سيريه ١٩٤٨ – ١ – ٢٣) .

والأصل أن الفوائد متى سرت ، فى أية حالة من الحالات الثلاث التى تسرى فيها الفوائد، فإنها لا تنقطع إلا عند الدفع الفعلى للثمن أو عند استحقاق المبيع ، ما لم يوجد اتفاق مخالف . ويعدل الدفع =

يتفق عليه حتى لو كان الثمن حالا واجب الدفع بمجرد تمام البيع ، فيكون على المشترى فى هذه الحالة أن يدفع الثمن فوراً فلا تجب عليه فوائد ، فان تأخر فى دفعه كان للبائع أن يتقاضى منه الثمن بالطرق القانونية مع الفوائد المتفق عليها إلى يوم دفع الثمن .

وقد لا يوجد اتفاق على الفوائد ، ولكن يوجد عرف يقضى بدفعها ، كما إذا كان الثمن يدخل فى حساب جار بين المشترى والبائع ، ويقضى العرف بحساب الفوائد القانونية على الحساب الجارى .

ثانياً – فاذا لم يوجد اتفاق أو عرف ، تكون فوائد الثمن مستحقة من وقت تسلم المشترى المبيع إذا كان هذا المبيع قابلا أن ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى (1)(1) وليس ضرورياً

= الفعلى للثمن العرض الحقيقى والإيداع وفقاً للقواعد المقررة . ولا يقف سريان الفوائد أمر آخر، فلا تنقطع الفوائد بحجز تحفظى على الثمن يوقعه دائن البائع تحت يد المشترى ، ولا بحبس المشترى الثمن فى الأحوال التي يجوز له فيها ذلك (أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٦ ص ١٠٣ – بودرى وسينيا فقرة ٥٣١– بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٤٧ ص ١٦٩ هامش رقم ٧).

ويشترط لصحة العرض والإيداع ، حتى ينقطع سريان الفوائد ، أن يكون العرض خالياً من أى شرط لا يحل للمشترى فرضه ، فلا يجوز أن يشترط المشترى فى العرض إمضاء البائع لعقد البيع النهائى فى حين أن المشترى سبق له أن حصل على حكم بصحة إمضاء البائع وهو حكم يقوم مقام التصديق على الإمضاء ويمكنه من تسجيل العقد (نقض مدنى ٩ ديسمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٥٠ ص ٦٧٩).

(١) استئناف مصر ٥ يونيه سنة ١٩٤٠ المجموعة الرسمية ٤٢ رقم ١١٣ – بني سويف الكلية ١٥ أبريل سنة ١٩٤١ المجموعة الرسمية ٤٣ رقم ٨١ – استئناف مختلط ٣١ يناير سنة ١٩٠٧م ١٩ ص ١٢٩ – ١١ نوفمبر سنة ١٩١٩ م ٣٢ ص ٧ (ولا تخضع الفوائد للتقادم الخمسى لأنها تعويض) – أول مايو سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٤١٢ – ٢٣ مايو سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٩٥ – ١٢ يناير سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٦٦ (ولا تسقط الفوائد بالتقادم الخمسى) .

(1) – مفاد المادة ١/٤٥٨ من القانون المدنى أن الفوائد تستحق عن الثمن من وقت تسلم المشترى المبيع اذا كان هذا المبيع قابلا أن ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى، وهى فوائد قانونية يجرى عليها حكم المادة ١/٣٧٥ من القانون المدنى فتسقط بخمس سنوات بوصفها حقاً دوريا متجدداً .

(جلسة ١٩٧٥/١٢/٣٠ الطعن ٣٨٣ لسنة ٤٠ ق س ٢٦ ص ١٧٢٧)

(جلسة ١٩٦٧/٥/١٨ مجموعة أحكام النقض السنة ١٨ ص ١٠٦٨)

– أ – فوائد الثمن لا تستحق للبائع إلا من تاريخ تسليم المشترى المبيع المثمر، والعلة فى ربط حق البائع فى فوائد الثمن بتسليمه المبيع المثمر للمشترى هو عدم جواز جمع المشترى بين ثمرة البدلين – المبيع والثمن – وافتراض المشرع أن وسيلة المشترى إلى التمكن من الاستيلاء على الثمرات هى تسلمه المبيع فإنه فى أية حالة يتمكن فيها المشترى من الاستيلاء على هذه الثمرات ولو لم يتسلم المبيع فعلا فأنه يلزم بدفع الفوائد بالسعر القانونى حتى لا يجمع بين الثمرات والفوائد فينتفع بالثمن والمبيع معا. فاذا كان الحكم المطعون فيه قد قضى للمطعون ضده (المشترى) بثمرات المبيع عن

أن ينتج المبيع فعلا ثمرات أو إيرادات ، بل يكفى أن يكون قابلا لإنتاج ذلك [١] . فاذا كان المبيع منزلا يصلح للاستغلال أو أرضا تصلح للزراعة وسلمها البائع للمشترى ، فان الفوائد القانونية على الثمن تستحق على المشترى من وقت تسلم المبيع حتى لو لم يكن المنزل مؤجراً أو لم تكن الأرض مزروعة أو مؤجرة . ويحسن التوسع فى تفسيرعبارة «ثمرات أو إيرادات أخرى» ، فاذا كان المبيع سيارة خاصة وسلمها البائع للمشترى وجبت الفوائد القانونية على المشترى من وقت تسلم السيارة ولو أنها غير معدة للأجرة بل هى للاستعمال الخاص، ذلك أن السيارة حتى لو كانت غير معدة للأجرة قابلة أن تنتج ريعا [٢] . أما إذا كان المبيع أرضاً فضاء للبناء ولا تصلح لغير ذلك ، فهى غير قابلة لإنتاج ثمرات أو إيرادات

= مدة سابقة على تاريخ وفاءه بباقى الثمن فإنه إذا رفض القضاء للطاعة (البائع) بفوائد ما لم يكن قد دفع له من الثمن واجراء المقاصة بين هذه الفوائد وما يعادلها من الثمرات تأسيساً على أن المبيع كان تحت يده فان الحكم يكون مخالفا للقانون .

(جلسة ١٩٦٦/٦/٣٠ الطعن ٣٥٩ لسنة ٣١ ق س ١٧ ص ١٤٩٠)

ب – متى كان الحكم المطعون فيه اذ قضى بفسخ المبيع أقام قضاءه على أن العقار المبيع الذى تسلمه المشترى ينتج ثمرات وأن المشترى قد اقتصر عند الايداع على المبلغ الباقى عليه من الثمن دون أن يضيف إليه ما استحق من فوائد والتى لا يشترط فى استحقاقها المطالبة بها قضائيا أو الاتفاق عليها بين أصحاب الشأن فان ما قرره هذا الحكم صحيح فى القانون .

(جلسة ١٩٥٢/٣/٦ مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض فى الـ٢٥ عاما قاعدة ١٠٧، ص ٣٦٢)

(جلسة ١٩٨١/٤/١ الطعن ١١٣٣ لسنة ٥٠ ق).

(١) أما فى التقنين المدنى السابق – يجب وفقا للمادة ٤١٠/٣٣٩ أن يكون المبيع ينتج فعلاثمرات أو أرباحاً أخرى . والعبرة بتاريخ تمام البيع ، فان كان قبل ٢٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ سرت أحكام التقنين السابق ، وإلا فأحكام التقنين الجديد .

(٢) ونص التقنين المدنى المصرى (م ١/٤٥٨) يختلف عن نص التقنين المدنى الفرنسى (م ١٦٥٢)، فقد ورد فى نص التقنين المصرى : «وكان هذا الشئ قابلا أن ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى» وورد فى التقنين الفرنسى : «إذا كان الشئ المبيع الذى تم تسليمه ينتج ثماراً أو أى ريع آخر» (si la chose vendue et livrée produit desfruits ou autres revenus) . ومن هنا يتسع النص المصرى لما لا يتسع له النص الفرنسى . فحق المستأجر فى الإيجار لا ينتج إيراداً فى القانون الفرنسى (بلانيول وريبير وهامل ١٠ ص ١٦٨ هامش ٣)، وهو قابل لذلك إذا كان يمكن الإيجار من الباطن فى القانون المصرى . ويذهب الفقه فى القانون الفرنسى إلى أنه يجب الوقوف عند وقت البيع لمعرفة ما إذا كان المبيع ينتج إيراداً ولو كان عقد الإيجار ينتهى بعد البيع ، وكذلك الأرض المزروعة وقت البيع تنتج إيراداً ولو لم يستمر المشترى فى زراعتها (بودرى وسينيا فقرة ٥٢٤).

أخرى ، فلو سلمها البائع للمشترى لم تستحق الفوائد من وقت التسليم إلا إذا كان [illegible] اتفاق على ذلك [1].

ومتى سلم البائع المبيع القابل لإنتاج إيراد المشترى ولو تسليما حكميا [2] وسواء تسلم المشترى المبيع أو لم يتسلمه [3] ، وجبت فوائد الثمن من غير حاجة إلى وجود اتفاق على ذلك، ما دام لا يوجد اتفاق على العكس كأن يشترط المشترى فى عقد البيع على البائع ألايدفع فوائد عن الثمن حتى بعد تسليم المبيع . وتجب الفوائد على الثمن بمجرد تسليم المبيع القابل لإنتاج الإيرادات ، سواء كان الثمن حالا أو مؤجلا أو مقسطاً [4] . والفوائد الواجبة هى الفوائد القانونية وسعرها ٤ ٪ فى المسائل المدنية و ٥ ٪ فى المسائل التجارية، وتسرى من وقت تسليم المبيع وتبقى سارية إلى يوم الدفع . وظاهر أن هذا الحكم استثناء نص عليه القانون من القاعـدة التى تقضى بأن الفوائد القانونيـة لا تستحق إلا مـن وقت المطالبة

---

(١) وكذلك إذا كان المبيع كتاباً أو صورة زيتية أو مصاغاً ، فهذه الأشياء غير قابلة لإنتاج أربح (الأستاذ محمد على إمام فقرة ٢٣٤ ص ٣٩٧) . وهذا الحكم محل للنظر ، فإن الأرض الفضاء والكتاب والصورة والمصاغ يمكن الانتفاع بها باستعمالها وإن لم تكن قابلة لإنتاج إيراد، وكان الأولى من ناحية السياسة التشريعية أن تستحق الفوائد من وقت تسليم المبيع سواء كان قابلا لإنتاج إيراد أو غير قابل لذلك (أنظر فى هذا المعنى لوران ٢٤ فقرة ٣٢٣ - بودرى وسينيا فقرة ٥٢٢ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٤٧ ص ١٦٩ - كولان وكابيتان ٢ فقرة ٩٤٢ - وقارن بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٤٩٨ ص ٧٧٥) .

(٢) الأستاذ عبدالفتاح عبدالباقى ص ٣٠١ - الأستاذ عبدالمنعم البدراوى ص ٥٣٧ .

(٣) ويكفى إعذار البائع المشترى أن يتسلم المبيع (بودرى وسينيا فقرة ٥٢٥) .

(٤) بودرى وسينيا فقرة ٥٢٦ - بلانيول وريبير ١٠ ص ١٦٧ هامش ٦ - وقد قضت محكمة النقض بأن حق البائع فى فوائد الثمن إذا كان المبيع الذى سلم ينتج منه ثمرات أو أرباح أخرى يقوم على أساس من العدل الذى يأبى أن يجمع المشترى بين يديه ثمرة البدلين ، المبيع والثمن . ولذلك حق أن يكون على المشترى فوائد ثمن المبيع المثمر الذى تسلمه من يوم تسلمه ، ولا يقف جريان هذه الفوائد أن يكون الثمن أو أن يصبح غير مستحق الأداء حالا ، كأن يكون مؤجلا أصلا أو لعلة طارئة أو يكون محجوزاً عليه أو محبوساً تحت يد المشترى . وإذن فالمشترى لا يستطيع أن يتمسك بأنه غير ملزم بفوائد عن باقى ثمن البيع حتى لو صح ما يدعيه من أن الثمن ما كان مستحق الأداء لعدم تسليم البائع إليه مستندات التمليك أو لتخلفه عن تحرير العقد النهائى متى كان قد وضع يده على الأطيان المبيعة (نقض مدنى ٩ ديسمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٥٠ ص٦٧٩) ، أو حتى لو كان الثمن غير مستحق الأداء حالا لسبب يرجع إلى البائع نفسه كأن يكون تأجيل الثمن بسبب إمهال البائع ليستجمع أوراقه التى تثبت ملكيته ليستطاع تحرير العقد النهائى (نقض مدنى ٥ أبريل سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٠٦ ص ٦٣٦) . وانظر فى أنه لا يجوز للمشترى أن يجمع بين ثمرات المبيع وفوائد الثمن : استئناف مختلط ٢٦ فبراير سنة ١٩٢٩م ٤١ ص ٢٦٥ - ٣ يونيه ١٩١١ م ٤٤ ص ٤.

القضائية . ويبرر هذا الاستثناء أن الثمن هو الذى يقابل المبيع ، فمتى سلم المشترى المبيع وهو قابل لإنتاج ثمرات ولم يكن قد دفع الثمن ، ففوائد الثمن هى التى تقابل ثمرات المبيع فتجب على المشترى إلى أن يدفع الثمن (١)(1).

وقد ذكرنا فيما تقدم أن الثمرات والنماء مستحقة للمشترى من وقت تمام البيع ، فكان الواجب أن تستحق الفوائد على المشترى - وهى التى تقابل الثمرات والنماء كما رأينا - من هذا الوقت أيضاً ، أى من وقت تمام البيع لا من وقت تسليم المبيع . وهذا هوالذى يقع فعلا [2] ، إلا أن ثمرات المبيع ونماءه من وقت البيع إلى يوم التسليم تقاص فى فوائد الثمن ، فلا يأخذ المشترى شيئاً منها إلا من يوم التسليم ، وفى نظير ذلك لا يكون

---

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد: «ولما كان الثمن هو الذى يقابل المبيع، وفوائد الثمن هى التى تقابل ثمرات المبيع ، فإنه إذا استحق الثمن وأعذر المشترى بالدفع، كان الثمن وفوائده للبائع والمبيع وثمراته للمشترى ، وفى أية حال يتمكن فيها المشترى من الاستيلاء على ثمرات المبيع ، حتى لو لم يكن الثمن مستحقاً ، فإنه يلتزم بدفع الفوائد بالسعر القانونى ، كما إذا سلم البائع المبيع وكان قابلا أن ينتج ثمرات أو أية أرباح أخرى ولو لم ينتج ذلك بالفعل» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٤٠) .

وتسرى هذه الأحكام حتى لو كان البيع بالمزاد ، فللمشترى الراسى عليه المزاد ثمرات العين من يوم رسو المزاد ، وعليه الفوائد طبقاً لشروط قائمة المزاد أو بعد الإعذار أو بعد تسليم العين إذا كانت قابلة لإنتاج ثمرات أو أرباح أخرى (الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٠٠ ص ٣٧٦ - ص ٣٧٧) . أما فى نزع الملكية للمنفعة العامة ، فقد نصت المادة ١٦ من قانون نزع الملكية (رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤) على أنه «يكون لصاحب الشأن فى العقار الحق فى تعويض مقابل عدم الانتفاع به من تاريخ الاستيلاء الفعلى لحين دفع التعويض المستحق من نزع الملكية ...» (الأستاذ عبدالمنعم البدراوى فقرة ٣٦٧) .

(٢) فإذا كان المتبايعان قد اتفقا على ميعاد لتسليم المبيع ، فقد اتفقا ضمناً على أنه منذ هذا اليوم يبدأ سريان الفوائد ، أما قبل ذلك فتكون هناك مقاصة ما بين الفوائد والثمرات ، وإذا لم يتفق المتبايعان على ميعاد للتسليم ، فالتسليم واجب فوراً ، وما على البائع إلا أن يعذر المشترى أن يتسلم المبيع حتى تجب الفوائد من يوم البيع كما يتملك المشترى الثمرات والنماء من هذا اليوم أيضا (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٤٧ ص ١٦٨ - ص ١٦٩ - وأنظر بودرى وسينيا فقرة ٥٢٥ - وقارن الأستاذ عبدالفتاح عبدالباقى ص ٣٠١ هامش ١ والأستاذ منصور مصطفى منصور ص ٢٢٣ - ص ٢٢٤) .

(1) أ - اذا كان النص فى العقد على أنه إذا لم يدفع باقى الثمن فى الميعاد المبين فيه يعتبر البيع لاغيا، فان هذا لا يعدو وأن يكون ترديداً للشرط الفاسخ الضمنى المقرر بحكم القانون فى العقود الملزمة للجانبين، ولا يترتب على تحققه انفساخها بقوة القانون ، وانما هو جوازى للمحكمة ألا تقضى به إذا رأت عدم توافر موجبه.

(جلسة ١٩٨١/٦/٢ الطعن ٤٠٣ لسنة ٤٨ ق)

(جلسة ١٩٨١/١/٢٢ الطعن ١٥٠ لسنة ٤٧ ق)

(جلسة ٩٧٢/١٠/٢٦، مجموعة احكام النقض السنة ٢٣ ص ١٢٢٠)

مسئولا عن الفوائد إلامن هذا اليوم كما يقضى النص [1] .

ثالثاً – فاذا لم يسلم المشترى المبيع أو تسلمه ولم يكن قابلا أن ينتج إيراداً، ولم يكن هناك اتفاق على أن يدفع المشترى فوائد عن الثمن ، فان الفوائد لا تستحق على الثمن إلا فى حالة واحدة هى أن يكون الثمن مستحق الوفاء [2] ، وأعذر البائع المشترى أن يدفعه [3] فمن وقت الإعذار تجب الفوائد القانونية – ٤٪ فى المسائل المدنية و ٥٪ فى المسائل

= (جلسة ١٩٦٥/٣/٢٥ مجموعة أحكام النقض السنة ١٦ ص ٤٢٣)

ب – اعطاء المشترى المتأخر فى دفع الثمن أجلا للوفاء به طبقا للمادة ٢/١٥٧ من القانون المدنى هو من الرخص التى أطلق فيها الشارع لقاضى الموضوع الخيار فى أن يأخذ منها بأحد وجهى الحكم فى القانون حسبما يراه هو من ظروف كل دعوى بغير معقب عليه ، فلا يلزم بتسبيب قضائه بمنح المشترى نظره الميسره أو برفض هذا الطلب بما لا يقبل معه النص على الحكم المطعون فيه اقراره للمبررات التى أوردها الحكم المستأنف وعول عليها فى قضائه بالمهلة .

(جلسة ١٩٨١/٦/٢ الطعن ٤٠٣ لسنة ٤٨ ق س ٣٢ ص ١٦٨٣)

(جلسة ١٩٧٠/٥/٢٩ مجموعة احكام النقض السنة ٢١ ص ٩٠٨)

(جلسة ١٩٦٩/٢/١٣ الطعن ٢٣ لسنة ٣٥ ق السنة ٢٠ ص ٣٢٥)

(جلسة ١٩٦٧/٤/٢٠ مجموعة احكام النقض السنة ١٨ ص ٨٥٩)

(١) ويقع هذا أيضاً عند فسخ البيع واسترداد الثمن واسترداد البائع للمبيع ، فتقاص الثمرات فى الفوائد إلى يوم الاسترداد (استئناف مختلط ١٩ فبراير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص١١٩ – ٣١ مايو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٤٠٤) . أنظر مع ذلك الأستاذ سليمان مرقس فى موجز البيع والإيجار فقرة ٢٧٤ ص٣٧٤ .

(٢) سواء كان مستحق الوفاء منذ البداية أو كان مؤجلا فحل أجله . وهذا بخلاف التقنين المدنى الفرنسى، فإن المادة ١٦٥٢ منه توجب على المشترى دفع الفوائد من يوم الإعذار دون أن تميز ما إذا كان الثمن لا يزال مؤجلا أو أنه قد حل (أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٦ هامش رقم ٢١ – بودرى وسينيا فقرة ٥٢٦). ولكن نص المادة ١/٤٥٨ من التقنين المدنى المصرى يذكر الفوائد القانونية للثمن ، والفوائد القانونية لا تجب إلا عند التأخر عن الوفاء بالثمن بعد حلول أجله، فيجب إذن أن يكن إعذار المشترى بعد حلول أجل الدفع (الوسيط ٢ فقرة ٥١٠ ص ٩٠٢ وهامش رقم ١ . وانظر فى هذا المعنى الأستاذ عبدالمنعم البدراوى فقرة ٣٦٧ – الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٩٩ ص ٢٢٢ – وقارن الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٩٦ ص ٣٥٨) . فالبائع الذى يرضى بتأجيل الثمن دون أن يشترط فوائد يكن قد أدخل ذلك فى حسابه عند تحديد الثمن (الأستاذ عبدالمنعم البدراوى فقرة ٣٦٨ ص ٥٤٢) . أما التقنين المدنى السابق (م ٤١٠/٣٣٠) فالتقنين المدنى الفرنسى لم يخصص الفوائد بأنها الفوائد القانونية ، لذلك أمكن تفسيره على أساس أن فوائد الثمن مستحقة بالإعذار دون تمييز بين ما إذا كان الثمن حالا أو مؤجلا (الأستاذان أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ٤٣٧ ص ٤٣٩).

(٣) والمطالبة القضائية من البائع باسترداد المبيع لعدم دفع الثمن تتضمن إعذاراً بدفع الثمن ، فإذا قضى بالثمن على المشترى استحقت الفوائد من وقت هذه المطالبة (استئناف مختلط ٢٤ مارس سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ٢١٦) .

التجارية– على الثمن ، وتبقى هذه الفوائد سارية إلى يوم الدفع . وهذا استثناء آخر من القاعدة التى تقضى بأن الفوائد القانونية لا تسرى إلا من وقت المطالبة القضائية ، فقد سرت هنا من وقت الإعذار بموجب نص خاص فى القانون [1] .

ويخلص مما قدمناه أن الفوائد لا تستحق على الثمن فى الحالتين الآتيتين : (١) إذا كان هناك اتفاق على عدم دفع فوائد عن الثمن ، فلا يدفع المشترى فوائد فى هذه الحالة حتى لو كان الثمن مؤجلا ، وحتى لو سلم المبيع وكان قابلا لإنتاج إيراد ، وحتى لو أعذر البائع المشترى أن يدفع الثمن بعد أن أصبح حالا . ولا تسرى الفوائد فى هذه الحالة إلا من وقت المطالبة القضائية بها وفقاً للقواعد العامة . (٢) إذا لم يكن هناك أى اتفاق فى شأن الفوائد ، ولم يسلم البائع المبيع للمشترى أو سلمه إياه ولم يكن قابلا لإنتاج إيراد [2] وإنما تستحق الفوائد فى هذه الحالة إذا سلم البائع المشترى المبيع وكان قابلا لإنتاج إيراد ، أو حل الثمن فأعذر البائع المشترى أن يدفعه .

٢ – الزمان والمكان اللذان يجب فيهما الوفاء بالثمن

أ – الزمان الذى يجب فيه الوفاء بالثمن

٣٩٥ – النصوص القانونية : تنص المادة ٤٥٧ من التقنين المدنى على ما يأتى :

«١ – يكون الثمن مستحق الوفاء فى الوقت الذى سلم فيه المبيع ، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك» .

«٢– فاذا تعرض أحد للمشترى مستنداً إلى حق سابق على المبيع أو آيل من البائع، أو إذا خيف على المبيع أن ينزع من يد المشترى ، جاز له ما لم يمنعه شرط فى العقد أن يحبس الثمن ، حتى ينقطع التعرض أو يزول الخطر . ومع ذلك يجوز للبائع فى هذه الحالة أن يطالب باستيفاء الثمن ، على أن يقدم كفيلا» .

«٣– ويسرى حكم الفقرة السابقة فى حالة ما إذا كشف المشترى عيباً فى المبيع» [3] .

---

(١) وغنى عن البيان أن يمكن الاتفاق على عكس ذلك ، فيشترط المشترى على البائع ألا يدفع فوائد حتى بعد الإعذار .

(٢) نقض مدنى ١٧ أبريل سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٢٦ ص ٣٥٠.

(٣) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى المادة ٦٠٦ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق مع ما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد : عدا بعض اختلاف لفظى، وفى لجنة المراجعة أدخلت تعديلات لفظية جعلت النص مطابقاً ، وأصبح رقمه ٤٧٠ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٥٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٣٥ وص ١٣٧).

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادتين ٣٢٩ فقرة أولى /٤٠٧ و ٤١١/٣٣١ – ٤١٢[1] .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٤٢٥ – وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٤٤٦ – وفى التقنين المدنى العراقى المواد ٥٧٤ – ٥٧٦ وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المواد ٣٨٧ و ٤٦٦ – ٤٦٧ و ٤٧٠ – ٤٧١ [2] .

---

(١) **التقنين المدنى السابق** م ٣٢٩ فقرة أولى /٤٠٧ : فى حالة عدم وجود شرط صريح يكون الثمن واجب الدفع حالا فى مكان تسليم المبيع .

م ٤١١/٣٣١ – ٤١٢ : وإذا حصل تعرض للمشترى فى وضع يده على المبيع بدعوى حق سابق على البيع أو ناشئ من البائع ، أو ظهر سبب يخشى منه نزع الملكية من المشترى، فله أن يحبس الثمن عنده إلى أن يزول التعرض أو السبب ، إلا إذا وجد شرط بخلاف ذلك. ولكن يجوز للبائع فى هذه الحالة أن يطلب الثمن مع أداء كفيل للمشترى .

(وتتفق أحكام التقنين السابق فى مجموعها مع أحكام التقنين الجديد) .

(٢) **التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدنى السورى** م ٤٢٥ (مطابقة للمادة ٤٥٧ مصرى – وانظر فى القانون المدنى السورى الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٢٢٢ – ٢٢٤ وفقرة ٢٢٦ – فقرة ٢٢٩) .

التقنين المدنى الليبى م ٤٤٦ (مطابقة للمادة ٤٥٧ مصرى) .

التقنين المدنى العراقى م ٥٧٤ : ١ – يصح البيع بثمن حال أو مؤجل إلى أجل معلوم . ويجوز اشتراط تقسيط الثمن إلى أقساط معلومة تدفع فى مواعيد معينة ، كما يجوز الاشتراط بأنه إن لم يوف القسط فى ميعاده يتعجل كل الثمن . ٢ – ويعتبر ابتداء مدة الأجل والقسط المذكورين فى عقد البيع من وقت تسليم المبيع ، ما لم يتفق على غير ذلك .

م ٥٧٥ : ١ – البيع المطلق الذى لم يذكر فى عقده تأجيل الثمن أو تعجيله يجب فيه الثمن معجلا. ٢ – ويجب على المشترى أن ينقد الثمن أولا فى بيع سلعة بنقد إن أحضر البائع السلعة . أما إذا بيعت سلعة بمثلها أو نقود بمثلها ، فيسلم المبيع والثمن معاً.

م ٥٧٦ : ١ – إذا تعرض أحد للمشترى مستنداً إلى حق سابق على عقد البيع أو آيل من البائع، أو إذا خيف لأسباب جدية على المبيع أن يستحق ، جاز للمشترى ما لم يمنعه شرط العقد، أن يحبس الثمن حتى ينقطع التعرض أو يزول خطر الاستحقاق . ولكن يجوز للبائع فى هذه الحالة أن يطالب باستيفاء الثمن على أن يقدم كفيلا . ٢ – ويسرى حكم الفقرة السابقة فى حالة ما إذا كشف المشترى عيبا فى المبيع وطلب الفسخ أو نقصان الثمن .

(وأحكام التقنين العراقى فى مجموعها لا تختلف عن أحكام التقنين المصرى ، إلا أن التقنين العراقى يضع مبدأ عاماً فى البيع المطلق أن يكن الثمن مستحقاً بمجرد تمام البيع ، إما التقنين المصرى فيجعل الثمن مستحقاً وقت تسليم المبيع . ولكن النتيجة العملية واحدة ، فوقت تسليم المبيع فى البيع المطلق هو وقت تمام البيع . ويوجب التقنين العراقى على المشترى نقد الثمن أولا ، ثم يسلم =

ويخلص من هذا النص أن الثمن يكون واجب الدفع وقت تسليم المبيع ، وهذا حكم ليس من النظام العام فيجوز أن يخالفه اتفاق أو عرف ، وعندما يصبح الثمن مستحق الدفع يجوز للمشترى حبسه عن البائع فى بعض أحوال معينة وبشروط معينة . فنبحث إذن : (١) متى يكون الثمن مستحق الدفع (٢) حبس المشترى للثمن .

٣٩٦ – متى يكون الثمن مستحق الدفع : تقضى القواعد العامة بأنه «يجب أن يتم الوفاء فوراً بمجرد ترتب الالتزام نهائياً فى ذمة المدين ، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك» (م ١/٣٤٦ مدنى) وكان مقتضى تطبيق هذه القواعد فى حالة الالتزام بالثمن أن يكون الثمن مستحق الدفع فوراً بمجرد تمام البيع ، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك.

وقد وجد هذا النص فعلا ، وهو النص الذى نحن بصدده أى المادة ٤٥٧ مدنى سالفة الذكر، ويقضى بأن يكون الثمن مستحق الدفع فى الوقت الذى يسلم فيه المبيع، وذلك «حتى تنفذ الالتزامات المتقابلة فى وقت واحد» كما تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى» [1] .

= البائع المبيع له بعد ذلك = وانظر فى القانون المدنى العراقى الأستاذ حسن الذنون فقرة ٢٦٩ – فقرة ٢٧٦ وفقرة ٢٩١ – والأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٥٥٣ – فقرة ٥٥٦).

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٣٨٧ : إذا لم يذكر فى عقد البيع مواعيد دفع الثمن ولا شروط هذا الدفع، عد البيع نقدا بلا شرط .

م ٤٦٦ : يجب على المشترى أن يدفع الثمن فى التاريخ وعلى الوجه المعينين فى العقد . ويعد البيع نقداً، كما جاء فى المادة ٣٨٧ ، ويلزم المشترى بدفع الثمن عند الاستلام ، ما لم يكن ثمة نص مخالف . وتكون مصاريف الدفع على المشترى .

م ٤٦٧ : إذا منحت مهلة لدفع الثمن ، فلا تبتدئ إلا من تاريخ إنشاء العقد إذا لم يعين الفريقان تاريخا آخر.

م ٤٧٠ : إن المشترى الذى تعرض له الغير أو كان مستهدفاً لخطر قريب هام من وقوع هذا التعرض بسبب سند سابق للبيع ، يحق له حبس الثمن ما دام البائع لم يزل عنه التعرض. على أنه يحق للبائع أن يجبره على الدفع بأن يقدم له كفالة أو ضماناً كافياً لرد الثمن ومصاريف العقد القانونية إذا نزعت يد عن المبيع . وإذا كان هذا التعرض مقصوراً على قسم من المبيع، فلا يحق للمشترى أن يحبس من الثمن إلا ما يناسب ذلك القسم ، وتكون الكفالة مقصورة على القسم المعرض لنزع الملكية . ولا يحق للمشترى أن يستعمل حق الحبس إذا كان الدفع مشترطاً على الرغم من كل تعرض ، وإذا كان المشترى عالماً وقت البيع بخطر نزع الملكية منه .

م ٤٧١ : تطبق أحكام المادة السابقة فى حالة اكتشاف المشترى لعيب فى المبيع يوجب رده (وأحكام التقنين اللبنانى تتفق فى مجموعها مع أحكام التقنين المصرى) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٣٦ .

فاذا لم يحدد لتسليم المبيع وقت ، فقد قدمنا أن المبيع يكون واجب التسليم فوراً بمجرد تمام البيع [1] ، ومن ثم يكون الثمن أيضاً مستحق الدفع فوراً بمجرد تمام البيع [2] ، ونكون بذلك قد رجعنا إلى تطبيق القواعد العامة التى سبق بيانها . على أنه قد لا يحدد لتسليم المبيع وقت فيكون المبيع واجب التسليم بمجرد تمام البيع كما قدمنا، ولكن يحدد لدفع الثمن وقت فيتفق المتعاقدان على أن يدفع فى نهاية أجل معين أو أن يدفع أقساطاً كل قسط فى ميعاد معين ، فيجب فى هذه الحالة دفع الثمن أو أقساطه فى الميعاد أو المواعيد المتفق عليها [3] مع تسليم المبيع فوراً بمجرد تمام البيع ، فلا يرتبط فى هذه الحالة وقت دفع الثمن بوقت تسليم المبيع . وقد يقضى العرف بأن يكون دفع الثمن فى وقت معين، كأن يكون دفعه بعد تسليم المبيع أو قبل التسليم ، وليس معه ، وعند ذلك يتبع العرف سواء حدد لتسليم المبيع وقت معين أو كان التسليم واجباً فوراً بمجرد تمام البيع.

وإذا حدد لتسليم المبيع وقت معين ، فعند ذلك يكون الثمن مستحق الدفع فى هذا الوقت أيضاً ، ونكون بذلك قد خرجنا على القواعد العامة التى رأيناها تقضى بأن الالتزام يكون واجب الوفاء بمجرد ترتبه فى ذمة المدين أى بمجرد تمام البيع ، والخروج على القواعد العامة كان بموجب نص القانون [4] كما سبق القول . على أنه قد يحدد لتسليم المبيع وقت ويحدد وقت آخر لدفع الثمن ، فلا يكون الثمن فى هذه الحالة مستحق الدفع

(١) أنظر آنفاً فقرة ٣٠٩ .

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : ويتبين من كل ما تقدم أنه إذا لم يوجد اتفاق خاص أو عرف ، يكون المبيع مستحق التسليم وقت تمام البيع ، والثمن مستحق الدفع فى هذا الوقت أيضا : ومن هذا الوقت كذلك يكون للبائع فوائد الثمن وللمشترى ثمرات المبيع» (مجموعة الأعمال التحضيرى ٤ ص ١٣٦ - ص ١٣٧).

(٣) استئناف مختلط ١٢ مايو سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٣٢٧ .

(٤) وهذا بخلاف ما إذا حدد المتعاقدان وقتا لدفع الثمن ولم يحددا وقتاً لتسليم المبيع ؛ فلا يرتبط فى هذه الحالة وقت تسليم المبيع بوقت دفع الثمن ، بل يجب تسليم المبيع فوراً ودفع الثمن فى الوقت المحدد (بودرى وسينيا فقرة ٤٩٤ ص ٥٣٥) . أما إذا كان الأجل المعطى لدفع الثمن هو نظرة الميسرة أو كان أجلا تفضل به البائع ، عاد اقتران وقت تسليم المبيع بوقت دفع الثمن ، ولا يسلم البائع المبيع إلا فى الوقت الذى يقبض فيه الثمن (أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٦ ص ١٠٠ بلانيول وريبير وهامل ١٠ ص ١٦٥ هامش ٢) .

وإذا كان المبيع متعدداً وذكر فى العقد أن يسلم بعضه فى وقت وبعضه فى وقت آخر، فإن الثمن يدفع عند تسليم كل جزء من المبيع بنسبة هذا الجزء . أما إذا لم يذكر فى العقد وقتان مختلفان لتسليم المبيع، فان المشترى لا يدفع شيئاً من الثمن إلا إذا تسلم كل المبيع فعند ذلك يدفع الثمن كله (بودرى وسينيا فقرة ٥٠٠) .

ويلاحظ أن قاعدة دفع الثمن وقت تسليم المبيع مفروض فيها أن الثمن يدفع للبائع أو نائبه ...

إلا فى الوقت الذى حدد لدفعه ، فيدفع جملة واحدة عند انقضاء الأجل المعين أو يدفع على أقساط كل قسط فى الميعاد الذى حدد له . وقد يتفق على تحديد وقت لتسليم المبيع وعلى أن يكون دفع الثمن فوراً ، فعند ذلك يجب دفع الثمن بمجرد تمام البيع [I] ، أما المبيع فيسلم فى الوقت الذى حدد لتسليمه [1] .

= إذا اشترط البائع على المشترى دفع الثمن لشخص آخر كدائنه ، فان وقت دفع الثمن ينفصل فى هذه الحالة عن وقت تسليم المبيع ، وما لم يتفق على ميعاد لدفع الثمن إلى الأجنبى ، فان دفع الثمن له يجب أن يكون فوراً بمجرد تمام البيع حتى لو اشترط لتسليم المبيع ميعاد متأخر (بودرى وسينيا فقرة ٥٠١ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٤٦ ص ١٦٦).

وإذا كان الثمن مستحق الدفع وقت التسليم ، وعرض البائع على المشترى المبيع عرضاً حقيقياً، وتخلف المشترى عن دفع الثمن ، فالحكم الذى يسلم بأن البيع يصبح لاغيا ومفسوخاً من تلقاء نفسه طبقاً لشروط البيع المتفق عليها لا يجوز النعى عليه بأنه رتب على تقصير المشترى فى الوفاء بالتزامه إعفاء البائع من الوفاء بالتزامه المقابل ، ولا يكون منتجاً النعى على هذا الحكم بأنه يجب الوفاء بالالتزامين فى وقت واحد (نقض مدنى ١٣ مارس سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ رقم ٢٦ ص ٢٠٤).

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : «وقد يتفق المتعاقدان على أن يدفع الثمن بعد أو قبل تسليم المبيع ، كأن يتفقا على أن يدفع الثمن حالا بمجرد تمام البيع ولو كان تسليم المبيع مؤجلا ، أو على أن يدفع الثمن مؤجلا على أقساط أو جملة واحدة ولو كان المبيع قد سلم فى الحال. وقد يقضى العرف بأحكام أخرى فيتعين اتباعها» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٣٦).

وقد ترتبط مواعيد دفع الثمن بمعياد التسليم فيحل القسط الأول من الثمن عند تسليم المبيع وتحل الأقساط الباقية فى مواعيد معينة بعد التسليم ، فيكون مبدأ سريان مواعيد الأقساط الباقية هو الوقت الذى يتم فيه التسليم فعلا ولو تأخر عن الوقت المتفق عليه . وقد قضت محكمة النقض بأن المفهوم من نصوص لائحة بيع أراضى بلدية الأسكندرية أن الميعاد الذى أعطى للمشترى لدفع ثلث الثمن هو بعينه الميعاد الذى أعطى للبائع لتسليم المبيع ، فهما متماسكان تمام التماسك . فإذا كانت أرض البلدية التى رسا مزادها على المشترى ودفع ثلث الثمن فى الخمسة الأيام التالية لرسو المزاد قد تأخر تسليمها إليه لخلاف بينه وبين المجلس فى شأن هذا التسليم ، ثم سوى هذا الخلاف ببيع بعض أجزاء أخرى للمشترى مجاورة للأرض المبيعة أولا ، وتم تسليم كل ما بيع من الأرض فى تاريخ معين، فان ميعاد الاستحقاق القسط الأول من باقى الثمن يبدأ من هذا التاريخ الذى حصل فيه تسليم الأرض بمساحتها الأخيرة لا من اليوم الخامس من رسو المزاد (نقض مدنى ٣ فبراير سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٣ رقم ٩٣ ص ٢٧٣) .

(I) متى كانت محكمة الموضوع إذ عرضت فى أسباب الحكم لبحث مدى قيام كل من الطرفين بالتزامات عقد البيع بدأت ببحث التزام البائع بالتسليم وانتهت إلى أنه عرض على المشترى المبيع عرضا حقيقيا ونفت عنه شبهة التقصير فى الوفاء بهذا الالتزام ثم عرضت لالتزام المشترى بدفع الثمن فسجلت عليه تخلفه عن الوفاء بهذا الالتزام المقابل على الرغم من عرض المبيع عليه عرضا حقيقياً، فانه يكون غير منتج النعى على الحكم بأنه يجب الوفاء بالالتزامين فى وقت واحد ويكون غير صحيح القول بأن محكمة الموضوع رتبت على تقصير المشترى فى الوفاء بالتزامه اعفاء البائع من الوفاء بالتزامه المقابل.
(جلسة ١٩٥٨/٣/١٣ مجموعة أحكام النقض السنة ٩ ص ٢٠٤)
(جلسة ١٩٨٣/٣/٢٨ الطعن ١٥٠ لسنة ٤٩ ق س ٣٤ ص ١٠٩٩)

٣٩٧ – حبس المشترى للثمن : ومتى أصبح الثمن مستحق الدفع على النحو الذى بيناه، كان من حق البائع أن يتقاضاه من المشترى ولو جبراً عنه ، إلا أن المشترى، وفقاً للفقرتين الثانية والثالثة من المادة ٤٥٧ مدني سالفة الذكر، يحق له أن يحبس الثمن ولو كان مستحق الدفع إذا وقع له تعرض فى المبيع أو وجدت عنده أسباب جدية تجعله يخشى وقوع هذا التعرض أو وجد بالمبيع عيباً يوجب الضمان .

فوقوع تعرض بالفعل للمشترى فى المبيع يوجب ضمان التعرض والاستحقاق كما سبق القول ، ويجيز فى الوقت ذاته ، إذا كان المشترى لم يدفع الثمن ، أن يحبسه حتى لو كان مستحق الدفع كما قدمنا (1) . ذلك أنه إذا تحقق الضمان كان على البائع أن يدفع قيمة المبيع ، ومن ثم جاز للمشترى أن يحبس الثمن ليكفل رجوعه بالقيمة على البائع. ولا يشترط أن يقع التعرض بالفعل للمشترى ، كما يشترط ذلك فى تحقق ضمان التعرض والاستحقاق ، بل يكفى أن يكون عند المشترى أسباب جدية يخشى معها من وقوع هذا التعرض (١)(2) . فلو كشف أن ملكية البائع كانت ملكية معلقة على شرط فاسخ وخشى أن

(١) ويجب أن تكون الأسباب جدية ، فالتوهم لا يكفى (استئناف مختلط ١٥ مايو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٣١) . ولا يكون طلب الشفعة سبباً كافياً لحبس المشترى الثمن ، فإذا لم يدفع من يطلب الأخذ بالشفعة الثمن إلى البائع ، وجب على المشترى نفسه دفعه إليه (استئناف مختلط ٢٢ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ١٧٧). ولا يكفى كذلك مجرد إعلان الراسى عليه المزاد بسبب الاستحقاق (استئناف مختلط ١١ أبريل سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٤٧) . وإذا مضى وقت كاف لتملك المشترى المبيع بالتقادم ولم يعد يخشى التعرض ، فليس له أن يحبس الثمن (استئناف مختلط ١١ نوفمبر سنة ١٩١٩ م ٣٢ ص ٧). ولا يكفى ظهور عجز فى المقدار لحبس كل الثمن ، ويكفى فى هذه الحالة حبس ما يقابل العجز من الثمن (استئناف مختلط ٥ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤٤٥) . وليس للمشترى أن يحبس الدفعة المستحقة من الثمن إذا كان لا يزال باقياً من الثمن دفعات لم تحل وتكفى لتغطية ما هو مهدد به من استحقاق جزئى (استئناف مختلط ٢ يونيه سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٥٦). وإذا لم يحبس المشترى دفعه من الثمن ، فهذا لا يمنعه من حبس الدفع الأخرى التى تستحق بعد ذلك (استئناف مختلط ٥ مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٧١) . وللمشترى حبس الثمن إذا كان البائع قد ملك المبيع برسو المزاد ولم يدفع الثمن ، فأصبح مهدداً بإعادة المزاد عليه (استئناف مختلط ٢ مارس سنة ١٩٣٤٣ م ٤٥ ص ١٦٣). وللمشترى أن يحبس الثمن لمجرد وجود رهن أو حق اختصاص أو أى حق أخر على المبيع يتهدده (استئناف مختلط ١٧ يناير سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ١١٦ – ١٣ فبراير سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١٤٩ – استئناف مصر ٤ مايو سنة ١٩٢٥ المحاماة ٥ رقم ٦٦٢ ص ٨١١ – ١١ فبراير سنة ١٩٣١ الجريدة القضائية ١٣٩ ص ١٤) . وله أن يحبس الثمن حتى يقوم البائع بشطب التسجيلات التى تعهد بشطبها (استئناف وطنى ٢٨ فبراير سنة ١٩٢٣ المجموعة الرسمية ٢٥ رقم ٥٧ ص ٩٨).

(1) أ – تمسك الطاعن بحقه فى حبس الثمن لإتيان الشركة المطعون ضدها وتابعيها أفعالا مادية أعاقت وصول المياه لأرضه بما يكفى لزراعتها . التفات الحكم عن بحث هذا الدفاع الجوهرى والقضاء بالفسخ على قاله تنازل الطاعن عن حقه فى الحبس وانتفاء مسئولية الشركة خطأ وقصور .

(جلسة ١٩٩٧/١٢/١٧ الطعن ١٤٨٤ لسنة ٦٦ق).

يكون هذا الشرط قد تحقق ، أو معلقة على شرط فاسخ وخشى أن يكون هذا الشرط قد تحقق، أو معلقة على شرط واقف وخشى أن يكون هذا الشرط لم يتحقق، أو أن البائع اشترى المبيع ولم يدفع الثمن فأصبح البيع الصادر له مهدداً بالفسخ (١) أو أن المبيع مثقل بحق رهن (٢) أو حق اختصاص (٣) أو حق ارتفاق ولو لم يتعرض صاحب هذا الحق فعلا للمشترى فى انتفاع بالمبيع ، بل لو وجد أن هناك قيودا (inscriptions) على المبيع لم تشطب حتى لو أكد له البائع أن هذه القيود قد زالت أسبابها (٤) إذ من حقه أن يطلب من

= ب – من المقرر أنه فى العقود الملزمة للجانبين اذا كان الالتزامات مستحقة الوفاء جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به ، وأن المشرع أجاز تطبيقا لهذا الأصل فى الفقرة الثانية من المادة ٤٥٧ من القانون المدنى للمشترى ما لم يمنعه شرط فى العقد ان يحبس الثمن إذا خيف على المبيع أن ينزع من يده ، وذلك ما لم يكن قد نزل عن هذا الحق بعد ثبوته له أو كان فى العقد شرط يمنعه من استعماله وقضاء محكمة النقض قد جرى أن تقدير جدية السبب الذى يولد الخشية فى نفس المشترى من نزع المبيع من تحت يده يعتبر من الأمور التى يستقل بها قاضى الموضوع ولا رقابة عليه فى ذلك لمحكمة النقض متى أقام قضاءه على اسباب سائغة .

(جلسة ١٩٩٩/٥/٩ الطعن ٣٢٣٠ لسنة ٦٨ ق)

(جلسة ١٩٨١/٤/٢٢ الطعن ١١٩٢ لسنة ٤٧ ق السنة ٣٢ ص ١٢١٢)

(جلسة ١٩٨٠/١٢/٣٠ الطعن ٥٤٢ لسنة ٤٢ ق السنة ٣١ ص ٢١٦٣)

(جلسة ١٩٨١/٢/١٠ الطعن ٧١١ لسنة ٤٧ ق السنة ٣٢ ص ٤٧٣)

(2) المادة ٤٥٧ من القانون المدنى لم تقصر حق المشترى فى حبس الثمن على حاله وقوع تعرض له بالفعل، وإنما اعطته هذا الحق، ايضا ولو لم يتعرض له أحد بالفعل إذا تبين وجود سبب جدى يخشى معه نزع المبيع من يده حتى يزول هذا السبب.

(جلسة ١٩٩١/٥/٢٦ الطعنان ٥٧٨ لسنة ٦٠ ق ١٥٢٥ لسنة ٥٣ ق)

(جلسة ١٩٨١/١/٢٢ الطعن رقم ١٥٠ لسنة ٤٧ ق)

(جلسة ١٩٧٨/١٢/٢٠ الطعن ٤٦٩ لسنة ٤٥ ق)

(جلسة ١٩٧٧/١١/١٧ الطعن ٣٧٠ لسنة ٤٤ق)

(جلسة ١٩٧٥/١٢/١٠ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٦ ص ١٦٠٦)

(١) وبخاصة إذا كان البائع الأول قد رفع دعوى فسخ وسجل صحيفتها قبل أن يسجل المشترى عقد شرائه.

(٢) استئناف وطنى ٨ فبراير سنة ١٨٩٢ الحقوق ٦ ص ٤٠٩.

(٣) استئناف مصر ٢٤ يناير سنة ١٩٤٣ المجموعة الرسمية ٤٤ رقم ٦٢.

(٤) بودرى وسينيا فقرة ٥٠٦ – ما لم يكن واضحاً وضوحاً كافياً أن هذه القيود لا قيمة لها إطلاقاً (بلانيول وريبير وهامل ١٠ ص ١٧٢ هامش ٤) ، وهذا إذا لم يكن المشترى قد اشترط فى عقد البيع . شطب القيود قبل دفع الثمن . وإذا كان المشترى على غير بينه من أمر دين ثابت مسجل على العين المبيعة، ولا أن صاحب هذا الدين قد شرع من أجله فى إجراءات نزع الملكية التى أوشكت على =

البائع شطب هذه القيود (١) . ففي كل هذه الأحوال تقوم عند المشترى أسباب جدية يخشى معها نزع المبيع من يده ، وإذا كان لا يستطيع أن يرفع على البائع دعوى ضمان التعرض والاستحقاق لعدم وقوع تعرض بالفعل ، فانه يستطيع مع ذلك أن يحبس الثمن. كذلك لو كشف المشترى عيباً فى المبيع وكان من العيوب التى توجب الضمان على النحو الذى قدمناه فى ضمان العيوب الخفية، فان للمشترى فى هذه الحالة أيضا أن يحبس الثمن . على أنه يشترط لجواز حبس الثمن فى جميع الأحوال المتقدمة ألا يكون هناك اتفاق بين البائع والمشترى يقضى بأنه لا يحق للمشترى حبس الثمن لسبب من هذه

= التمام ، وذلك لأن إشارة البائع فى العقد إلى حق الامتياز الثابت لهذا الدائن لم تكن لتفيد إلا أنه مجرد حق مزعوم ، فالمشترى محق فى حبس باقى الثمن ، ولا يؤبه لما نص عليه العقد من أن وجود الحق الذى يدعيه الدائن لا يمنع من دفع باقى الثمن إذ يعتبر هذا شرطاً قائماً على الغش (نقض مدنى ٢٦ أبريل سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٤٥ ص ٦٤٥).

(١) ولكن مجرد احتمال وجود تسجيلات على العين المبيعة لا يكفى لتخويل المشترى حق حبس الثمن. وقد قضت محكمة النقض بأن مجرد احتمال وجود تسجيلات على العين المبيعة لا يخول المشترى حق حبس الثمن حتى يتحقق من خلوها من التسجيلات ، وبخاصة بعد أن يكون قد تسلم المبيع. فإن القانون ، إذ رسم الطريق لحماية حقوق المشترى من الخطر الجدى الظاهر الذى يهددها ، قد ألزمه بدفع الثمن . ومتى كان المشترى هو الذى امتنع بعد إنذاره رسمياً عن دفع الباقى من الثمن مقابل شطب التسجيل الذى كان يهدده ملكيته ، ثم لم يقم من جانبه بما هو ملزم به قانوناً وبحكم العقد، فلا يصح اعتبار البائع مقصراً فى الوفاء بالتزاماته قبله (نقض مدنى ٢٨ مايو سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٦٤ ص ٤٦٨).

وقضت محكمة النقض أيضاً بأنه لو صح القول بأن دعوى الشفعة لا تهدد حق المشترى المشفوع منه لأن حقه فى استرداد ما دفعه من الثمن إلى البائع مضمون قبل الشفيع مما لا يجيز له حبس الثمن، فإن هذا القول لا يصدق على المشترى الثانى للعقار الذى لم يختصم فى دعوى الشفعة، إنما يكون فى هذه الحالة مقطوع الصلة بالشفيع ولا يحق له الرجوع عليه بما عسى أن يكون قد دفعه إلى البائع له، ومن ثم يستهدف حقه للضياع بعد أن يكون العقار المشفوع فيه قد نزعت ملكيته منه. وعلى ذلك يجوز لهذا المشترى الثانى حبس الثمن ، حتى يفصل فى دعوى الشفعة (نقض مدنى ٤ أبريل سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٣٤ ص ٣٥٣).

كذلك للمشترى حبس الثمن إذا لم يقم البائع بتطهير العين فى الميعاد المستخلص من شروط العقد، وليس للبائع فى هذه الحالة أن يطلب فسخ البيع لحبس المشترى للثمن . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا احتج البائع لعدم قيامه بتطهير العين من الدين الذى عليها بأن تعهده بذلك لم يعين له فى العقد وقت يجب إتمامه فيه ، فأجابت المحكمة على ذلك بأنها رأت من الأوراق أن نية المتعاقدين انصرفت إلى أن كلا الطرفين التزم بما تعهد به مقابل التزام الآخر بتعهده، وأن التطهير كان يجب أن يتم من جانب البائع فى ميعاد غايته اليوم الذى حدد لاستحقاق القسط الأخير من باقى ثمن المبيع ، وكان ما أوردته المحكمة فى هذا الصدد من شأنه أن يؤدى إلى ما انتهت إليه ، فلا معقب عليها فى ذلك (نقض مدنى ٢٦ أبريل سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٤٥ ص ٦٤٥).

الأسباب. ذلك أن حق حبس الثمن ليس من النظام العام ، بل هو قد تقرر لمصلحة المشترى، فللمشترى أن ينزل عنه قبل قيام سببه أو بعد قيام هذا السبب (١) . ويعدل الاتفاق على عدم جواز حبس الثمن أن يكون هناك سبب يقضى بعدم ضمان البائع لاستحقاق المبيع أو للعيوب الخفية فيه ، فانه لا يكون هناك محل لحبس الثمن عنه إذ أن الثمن مستحق له حتى لو ثبت الاستحقاق أو ظهر العيب (٢).

فاذا توافرت الشروط التى قدمناها ، كان للمشترى أن يحبس الثمن عن البائع ولو كان مستحق الدفع كما قدمنا (1). ولكن يجب ألا يكون المشترى قد دفع الثمن إلى البائع،

---

(١) ولما كان المشترى ينزل بهذا الاتفاق عن حق له ، فإنه يجب أن يكون النزول واضحاً لا لبس فيه شأن النزول عن أى حق . فلا يكفى وعد المشترى بعد كشفه قيام سبب للحبس أن يدفع الثمن فى ميعاد معين، فقد يحمل هذا الوعد على أن المشترى أراد أن يفسح الوقت أمام البائع لإزالة سبب الحبس. كذلك لا يكفى أن يكون المشترى قد تعهد بدفع الثمن لأجنبى لسقوط حق الحبس، فإن المشترى يستطيع أن يحتج بحقه فى الحبس تجاه الأجنبى كما يحتج به تجاه البائع . وسنرى أنه لا يكفى أن يقبل المشترى حوالة البائع للثمن ، فالقبول وحده لا يستخلص منه نزول المشترى عن حقه فى الحبس، فإذا اقترن بظروف تقيد هذا القبول سقط حق المشترى فى الحبس (بودرى وسينيا فقرة ٥١٣ – بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٥١).

كذلك لا يكفى علم المشترى وقت البيع بخطر نزع الملكية منه حتى يحرم من حق الثمن، وإن كان التقنين اللبنانى (م ٤٧٠) ينص على أن ذلك يكفى . ذلك أن علم المشترى بسبب الاستحقاق فى القانون المصرى لا يكفى لسقوط ضمان الاستحقاق عن البائع ، فلا يكفى هنا أيضاً لسقوط حق حبس الثمن عن المشترى . وقد قضت محكمة النقض بأن جهل المشترى سبب نزع الملكية وقت الشراء ليس شرطاً فى قيام حقه فى الحبس، أما علمه بهذا السبب فقد يصلح أو لا يصلح دلالة على تنازله عن الحبس، وذلك على حسب ما ينبئ به واقع الدعوى (نقض مدنى ٤ ديسمبر سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٣٧ ص ٤٩٨ . وانظر أيضاً بودرى وسينيا فقرة ٥١٢ – بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٥١).

(٢) استئناف مختلط ٢٨ مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٧١ – ويجب أن يكون الضمان قد سقط كلية عن البائع ، أما إذا كان لا يزال ملزماً بدفع قيمة المبيع فإن للمشترى الحق فى حبس الثمن (بودرى وسينيا فقرة ٥١٤ – بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٥١) .

(1) أ – لو صح القول بان دعوى الشفعة لا تهدد حق المشترى المشفوع منه لأن حقه فى استرداد ما دفعه من الثمن إلى البائع مضمون قبل الشفيع مما لا يجيز له حبس الثمن ، فان هذا القول لا يصدق على المشترى الثانى للعقار الذى لم يختصم فى دعوى الشفعة ، انما يكون فى هذه الحالة مقطوع الصلة بالشفيع ولا يحق له الرجوع عليه بما عسى أن يكون قد دفعه إلى البائع له ، ومن ثم يستهدف حقه للضياع بعد أن يكون العقار المشفوع فيه قد نزعت ملكية منه ، وعلى ذلك يجوز لهذا المشترى الثانى حبس الثمن ، حتى يفصل فى دعوى الشفعة .

(جلسة ١٩٥٧/٤/٤ مجموعة أحكام النقض السنة ٨ ص ٣٥٣)

(جلسة ١٩٨٠/٦/٣ الطعن ٤٧٦ لسنة ٤٧ ق س ٣١ ص ١٦٦٣)

=

فاذا كـان قد دفعه لم يحق له استرداده منه لحبسه [1] ، ويكون حق الحبس قد سقط بالدفع حتى لو أن المشترى وقت أن دفع الثمن لم يكـن عالمـاً بقيام سبب لحبسه [2] . فإذا كان لم يدفع الثمن كان له أن يحبسه كما سبق القول ، ولا يستطيع البائع أن يطلب منه دفعه، بل لا يستطيع أن يطلب منه إيداعه خزانة المحكمـة [3] . فالمشـترى حـر إن شـاء حبس الثمن في يده وبقى ديناً في ذمته ، وإن شاء أودعـه خـزانة المحكمـة وبرئت ذمته منه [4] . غيـر أن له مصلحـة في إيداعه خـزانة المحكمة بدلا من حبسْـه في يده ، ليس فحسب حتى تبرأ ذمته من الثمن ، بل أيضاً لقطـع سريان الفوائـد إن كانت مستحقة على الثمن ، فان الفوائد لا تنقطع إذا بقى الثمن فى ذمته ولو كان حابسـاً له [5] كمـا

= ب – علم المشترى وقت الشراء بالسبب الذى يخشى معه نزع المبيع من يده لا يكفى بذاته للدلالة على نزوله عن هذا الحق لأنه قد يكون محيطا بالخطر الذى يهدده ويكون فى نفس الوقت معتمدا على البائع فى دفع هذا الخطر قبل استحقاق الباقى فى ذمته ما دام لم يشتر ساقط الخيار .
(جلسة ١٩٧٥/١٢/١٠ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٦ ص ١٦٠٦)
(جلسة ١٩٨١/١١/١٨ مجموعة أحكام النقض السنة ٣٢ ص ٢٠٥٢)
(جلسة ١٩٨٤/٥/٦ الطعن ١٢٥٢ السنة ٥٠ ق س ٣٥ ص ١١٨٦)
(جلسة ١٩٩٠/١١/١٥ الطعن ٢٢٧١ لسنة ٥٨ ق)

جـ – إذا وجدت أسباب جدية يخشى معها ألا يقوم بتنفيذ التزامه كأن يكون غير مالك للعقار المبيع كان من حق المشترى أن يقف التزامه بدفع الثمن حتى يقوم البائع من جهته بتنفيذ التزامه.
(جلسة ١٩٩٠/٧/٣١ الطعن ١٧٥٨ لسنة ٥٩ ق)

د – المحكمة لا تملك اعمال احكام حق الحبس ما لم يطلبه صراحة صاحب الحق فيه
(جلسة ١٩٨٠/٦/٣ الطعن ٤٧٦ لسنة ٤٧ ق س ٣١ ص ١٦٦٣)

(١) وإذا سلم المشترى الثمن للمحامى الذى يتولى كتابة العقد أو للوسيط ، فان كان سلمه له معتبراً إياه وكيلا عن البائع لم يستطع استرداده ، أما أن كان سلمه له معتبراً إياه وكيلا عنه لتسليمه إلى البائع بعد الكشف عن العقار جاز له أن يسترده (الأستاذان أحمد نجيب الهلالى وحامد زكـى فقرة ٤٣٥ هامش ١ – الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٩٤ ص ٣٣٧ – ص ٣٣٨).

(٢) بودرى وسينيا فقرة ٥٠٩ – بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٥٠ .

(٣) بودرى وسينيا فقرة ٥٠٨ بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٥٢ – أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٦ ص ١٠١.

(٤) ويستطيع بعد إيداعه خزانة المحكمة ، وقبل قبول الإيداع أو الحكم بصحته ، أن يسترده ويحبسه فى يده (بودرى وسينيا فقرة ٥١١) .

(٥) نقض مدنى ٩ ديسمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٥٠ ص ٦٧٩ – استئناف مصر ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٤٤ المجموعة الرسمية ٤٤ رقم ٦٢ – استئناف مختلط ٧ يونيه سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٧٦. بل لا يستطيع المشترى حبس الفوائد مع الثمن ما لم يكن قد حرم من الانتفاع بالمبيع فعند ذلك يحق له حبس الفوائد أيضا (بودرى وسينيا فقرة ٥١٩ – بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٥٢ – قارن لوران ٢٤ فقرة ٣٢٧ – وانظر استئناف مختلط ٢٦ فبراير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٦٨).

قدمنا، وتنقطـع [1] إذا هو أودعه خزانة المحكمة [2] . وإذا قام سبب الحبس فى بعض المبيع لا فى كله ، بأن وقع تعرض في جزء من المبيع أو خشى المشترى وقوع هذا التعرض أو ظهر على المبيع حق رهن لا يستغرقه أو حق ارتفاق أو نحو ذلك ، فليس للمشترى أن يحبس كل الثمن ، بل يحبس جزءاً منه يتناسب مع الخطر الذى يتهدده . فيحبس ، مثلا ما يساوى الدين المضمون بالرهن أو يعدل قيمة حق الارتفاق أو قيمة الجزء المهدد بالاستحقاق [3] .
وحق المشترى في حبس الثمن على النحو الذى قدمناه يحتج به المشترى، ليس فحسب تجاه البائع ، بل أيضاً تجاه الغير كما إذا حول البائع الثمن فان للمشترى أن يحتج بحق الحبس تجاه المحال له حتى لو كان المشترى قد قبل الحوالة ما لم يستخلص من هذا القبول نزوله عن الحق في الحبس [4] .

وحق المشترى فى حبس الثمن ، وإن ورد فيه نص خاص (م ٢/٤٥٧و٣ مدنى) ليس إلا تطبيقاً للدفع بعدم التنفيذ exception on adimpleti contractus وللحق فى الحبس بوجه عام droit de rétention [1] . فالتزام المشترى بدفع الثمن للبائع يقابله

(١) ولكنها لا تنقطع إذا كان الإيداع غير صحيح (نقض مدنى ٢٥ مارس سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٣٤ ص ٥٣٤) ، أو كان قد أودع الثمن وحجز عليه دائنو البائع وبقى مودعاً بسبب معارضة منه فى التوزيع الوقتى أو النهائى ويتبين أن المعارضة لا أساس لها (استئناف مختلط ٣ يناير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٩٨).

(٢) أبورى ورو ٥ فقرة ٣٥٦ ص ١٠١ – بودرى وسينيا فقرة ٥١٩ . وانظر آنفا فقرة ٣٨٤ فى الهامش.

(٣) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٤٩ ص ١٧٣ – وإذا اختلف المشترى مع البائع على القدر الذى يحبسه من الثمن قدرت المحكمة هذا القدر وتستأنس في ذلك عند الحاجة برأى الخبراء (بودرى وسينيا فقرة ٥١٨ – الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٩٤ – الأستاذ محمد على إمام فقرة ٢٣٨ – وقارن الأستاذ جميل الشرقاوى ص ٢٩٨(.

وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى نص (م ٤٧٠) يقضى بأنه «إذا كان التعرض مقصوراً على قسم من المبيع ، فلا يحق للمشترى أن يحبس من الثمن إلا ما يناسب ذلك القسم» . (أنظر آنفاً فقرة ٣٩٥ فى الهامش) .

(٤) بودرى وسينيا فقرة ٥٠٧ .

(1) أ – أحقية البائع لاقتضاء باقى لمن المبيع وحق المشترى فى حبسه وجهان متقابلان لشئ واحد والقضاء باحقية البائع لباقى الثمن وبالزام المشترى بادائه يندرج فيه حتما القضاء بان المشترى لا يحق له أن يحبسه وتكون دعوى المشترى باحقية فى حبسه خشية استحقاق المبيع كله أو بعضه للغير عودة لا تجوز إلى ذات النزاع الذى حاز القضاء السابق فيه قوة الأمر المقضى وإلا انقلب دفعه بعدم تنفيذ التزامه إلى دفع بعدم تنفيذ الحكم الصادر ضده .
(جلسة ١٩٧٤/٢/١١ الطعن ٣١٩ لسنة ٣٨ ق س ٢٥ ص ٣٢٧)

ب – وإن كان يحق للمشترى حبس الثمن إذا وقع تعرض له بالفعل أو إذا تبين وجود سبب جدى يخشى معه نزع المبيع من تحت يده إلا أن ذلك مشروط ألا يكون المشترى قد نزل عن هذا الحق =

التزام البائع بنقل ملكية هادئة نافعة للمشترى ، فاذا وجدت أسباب جدية يخشى معها ألا يقوم البائع بتنفيذ التزامه ، كأن يخشى المشترى تعرض الغير فلا تخلص له الملكية الهادئة أو يكشف عيباً في المبيع فلا تخلص له الملكية النافعة ، كان له أن يقف تنفيذ التزامه بدفع الثمن حتى يقوم البائع من جهته بتنفيذ التزامه [1] .

ويبقى حق المشترى فى حبس الثمن قائماً ، ولا يسقط إلا بأحد أمرين : (١) إذا زال سببه ، فانقطع التعرض بنزول المتعرض عما يدعيه، أو زال الخطر بأن دفع البائع مثلا لمن له رهن على المبيع الدين المضمون بالرهن أو شطب القيد المأخوذ على المبيع، أو أصلح البائع العيب الذى كشفه المشترى فى المبيع أو عوضه عنه التعويض الكافى أو حسم النزاع فى شأنه. (٢) إذا قدم البائع للمشترى كفالة شخصية أو عينية تضمن له ما عسى أن يترتب على ضمان التعرض والاستحقاق أو على ضمان العيب من تعويض [2] .

= بعد ثبوته له أو كان فى العقد شرط يمنعه من استعماله .

(جلسة ١٩٨٢/٦/١٥ الطعنان ٥٩٨ و ٦٧٢ لسنة ٤٠ ق س ٣٣ ص ٧٥٧)

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا المعنى : «وحق الحبس هذا ليس إلا تطبيقا للحق فى الحبس وللدفع بعدم تنفيذ العقد وهما مقرران فى القواعد العامة» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٣٦).

على أن هناك توسعا فى مبدأ الدفع لعدم التنفيذ إذا كان حق المشترى فى حبس الثمن يرجع، لا إى تعرض فعلى أو عيب كشفه المشترى ، بل إلى مجرد خشية المشترى من أن ينزع المبيع من يده، فهنا لا يمكن القول بأن البائع لم ينفذ التزامه ، بل كل ما هنالك أنه يخشى من عدم إمكان البائع من تنفيذ التزامه ، وهذه حالة لا تجيز الدفع بعدم التنفيذ فى تطبيقاته العامة ، وتجيزه هنا فى هذا التطبيق الخاص (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٤٨ - الأستاذ عبدالفتاح عبدالباقى فقرة ٢٧٩ ص ٢٩٤ - الأستاذ عبدالمنعم البدراوى ص ٥٤٩) . ومن ناحية أخرى فإن مبدأ الدفع بعدم التنفيذ أوسع من الحالات المذكورة فى المادة ٢/٤٥٧ و ٣ مدنى ، فيصح للمشترى أن يحبس الثمن إذا تعرض له البائع شخصياً أو إذا لم يقم بالإجراءات اللازمة لنقل الملكية أو إذا لم يسلم المبيع أو إذا لم يقم بأى التزام آخر نشأ فى ذمته من عقد البيع (الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ١٩٩ - ص ٣٧٠ - ص ٣٧١ - الأستاذ عبدالفتاح عبدالباقى فقرة ٢٧٩ - ص ٢٩٦ - الأستاذ منصور مصطفى منصور ص ٢٢٨).

(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٣٦ - استئناف مختلط ٢٢ مايو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٩٣ - أول أبريل سنة ١٣١٤ م ٢٦ ص ٣٠٣ - ٢ يونيه سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٥٦ - ١٤ أبريل سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١٩٣.

وتقدم الكفالة فى حدود الثمن الجائز حبسه ، فإذا زاد التعويض عن ذلك لم تكن الكفالة واجبة إلا بمقدار الثمن فهو وحده الذى يحقق للمشترى أن يحصل على ضمان لاسترداده من البائع إذا كان للاسترداد محل . وتقديم الكفالة من حق البائع ، فإذا لم يشأ تقديمها لم يستطع المشترى إجباره على ذلك ، وليس له إلا حبس الثمن (بودرى وسينيا فقرة ٥١٥) . وإذا كان هناك اتفاق على أن المشترى لا يدفع الثمن إلا بعد أن يشطب البائع القيود المتخذة على المبيع ، كان للمشترى ألا يدفع الثمن ولو =

(ب) المكان الذى يجب فيه الوفاء بالثمن

٣٩٨ - النصوص القانونية : تنص المادة ٤٥٦ من التقنين المدنى على ما يأتى :

«١ - يكون الثمن مستحق الوفاء فى المكان الذى سلم فيه المبيع ، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك».

«٢ - فاذا لم يكن الثمن مستحقاً وقت تسليم المبيع ، وجب الوفاء به المكان الذى يوجد فيه موطن المشترى وقت استحقاق الثمن» [1] .

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادتين ٤٩٦/٣٢٨ و ٣٢٩ فقرة ٢ و ٤٠٨/٣ - ٤٠٩ [2] .

= قدم البائع له كفالة إلا بعد شطب القيود (بودرى وسينيا فقرة ٥١٦) كذلك يحق للمشترى حبس الثمن بالرغم من تقديم الكفالة إذا أراد تطهير المبيع من الرهن ووجب لذلك أن يستبقى الثمن فى يده لعرضه على الدائن المرتهن (بودرى وسينيا فقرة ٥١٧ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٥٣).

وإذا كان البيع ملحوظاً فيه وفاء الديون التى على العين المبيعة من الثمن ، أغنى عن تقديم الكفالة أن يطلب البائع من المشترى إيداع الثمن خزانة المحكمة على ذمة الدائنين للوفاء بديونهم وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الثابت من وقائع الدعوى أن المشترين تسلموا العين المبيعة ولم يدفعوا سوى جزء من الثمن حتى استحق عليهم القسط الثانى منه ، وكان هذا البيع ملحوظاً فيه وفاء الديون التى على العين المبيعة من الثمن ، ثم أنذرهم بإيداع الثمن خزانة المحكمة على أن يستحضر الدائنين المسجلين ويوفيهم ديونهم مقابل تطهير العين المبيعة من حقوقهم عليها ، ومع ذلك لم يودعوا . فطلب البائع فسخ البيع ، فقضت المحكمة برفض هذا الطلب ، مؤسسة حكمها على مجرد أن المشترين استخرجوا فى نفس الشهر الذى حصل فيه البائع شهادة عقارية دالة على أن العين المبيعة كانت مثقلة باثنى عشر تسجيلا أربت على ألفى جنيه ، وأن هذه الشهادة شملت جملة تنبيهات عن نزع ملكية العين، وأن هذه الحالة تشفع للمشترين فى حبس الثمن لمثول خطر نزع الملكية، فهذا القضاء يكون مخالفاً للقانون . إذ الإيداع بالخزنة هو خير كفالة يمكن أن يطالب بها المشترى ، فعليه متى طلب ذلك أن يودع الثمن مع اشتراط تطهير العين المبيعة من التسجيلات قبل صرفه إلى البائع . ولا يعد عذراً فى حبس الثمن أن تكون الديون زائدة عليه ما دام المشترى غير مطلوب منه أن يودع أكثر من الثمن وما دام هو ليس له أن يطلب أكثر من تطهير العين قبل صرف الثمن إلى البائع (نقض مدنى ٢١ ديسمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٧٥ ص ٤٩٧).

(١) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى المادة ٦٠٥ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق مع ما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا عبارة «سلم فيه المبيع» الواردة فى الفقرة الأولى فقد كانت فى المشروع التمهيدى «يسلم فيه المبيع» . وعدلت هذه العبارة فى لجنة المراجعة ، فأصبح النص مطابقاً، وصار رقمه ٤٩٦ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت ٤٥٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٣٢ - ص١٣٤) .

(٢) **التقنين المدنى السابق** م ٤٠٦/٣٢٨ : يجب على المشترى وفاء الثمن فى الميعاد وفى المكان المعينين فى عقد البيع وبالشروط المتفق عليها فيه .

م ٢٢٩ فقرة ٢ و ٤٠٨/٣ - ٤٩٩ : وإذا كان الثمن مؤجلا يكون دفعه فى محل المشترى، ومع =

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السورى المادة ٤٢٤ – وفي التقنين المدني الليبي المادة ٤٤٥ – وفي التقنين المدني العراقى المادة ٥٧٣ – ولا مقابل لها في تقنين الموجبات والعقود اللبناني [(١)] .

ويخلص من هذا النص أنه لتحديد المكان الذى يجب فيه الوفاء بالثمن يتعين التمييز بين حالتين : (١) حالة ما إذا كان الثمن مستحق الدفع وقت تسليم المبيع . (٢) وحالة ما إذا كان الثمن مستحق الدفع في وقت غير وقت تسليم المبيع .

٣٩٩ – الثمن مستحق الدفع وقت تسليم المبيع : يخلص مما قدمناه في تحديد الوقت الذى يجب فيه الوفاء بالثمن أن الثمن يكون مستحق الدفع وقت تسليم المبيع في الفروض الآتية :

(١) إذا لم يحدد وقت لا لتسليم المبيع ولا الدفع الثمن ، فعندئذ يكون تسليم المبيع واجباً وقت تمام البيع ، وفي هذا الوقت أيضاً يكون الثمن مستحق الدفع.

(٢) إذا حدد وقت واحد لكل من تسليم المبيع ودفع الثمن .

(٣) إذا حدد وقت معين لتسليم المبيع دون تحديد وقت ما لدفع الثمن، فعندئذ يكون الثمن مستحق الدفع في الوقت الذى يتم فيه تسليم المبيع .

ففي هذه الفروض جميعاً ، ما دام الثمن يدفع في الوقت الذى يسلم فيه المبيع ، فانه يدفع أيضاً في المكان الذى يسلم فيه المبيع ، حتى يكون تنفيذ الالتزامين المتقابلين في وقت

= ذلك يراعى في هذه المادة عرف البلد والعرف التجارى .

(ولم تذكر هذه النصوص أن مكان الوفاء بالثمن هو نفس مكان تسليم المبيع لو كان وقت دفع الثمن هو نفس وقت تسليم المبيع ، ولكن هذا الحكم كان يستخلص ضمناً من مقصود .

(١) **التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السورى** م ٤٢٤ (مطابقة للمادة ٤٥٦ مصرى. وأنظر في القانون المدني السورى الأستاذ منصور الزرقا فقرة ٢٢٥).

التقنين المدني الليبي م ٤٤٥ (مطابقة للمادة ٤٥٦ مصرى).

التقنين المدني العراقى م ٥٧٣ : إذا كان مكان أداء الثمن معيناً في العقد لزم أداؤه في مكان المشترط أداؤه فيه، فإذا لم يعين المكان وجب أداؤه في المكان الذى يسلم فيه المبيع وإذا لم يكن الثمن مستحقاً عند تسليم المبيع ، وجب الوفاء به في موطن المشترى وقت الاستحقاق ، ما لم يوجد عرف أو قانون يقضى بغير ذلك .

(وأحكام التقنين العراقى تتفق في مجموعها مع أحكام التقنين المصرى – أنظر في القانون المدني العراقى الأستاذ حسن الذنون فقرة ٢٧٢ وفقرة ٢٨٧ والأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٥٥٠ – فقرة ٥٢٢).

تقنين الموجبات والعقود اللبناني : لا يوجد نص مقابل ، فتسرى القواعد العامة ، وهذه تقضى بأن يكون الوفاء بالثمن في موطن المشترى (م ٣٠٢ لبنانى) ، ما لم يوجد اتفاق بخلاف ذلك .

واحد وفي مكان واحد [(١)] . وقد قدمنا أن تسليم المبيع يكون في المكان الذى يوجد فيه عند تمام البيع ، فاذا لم يكن للمبيع محل وجود ثابت وجب تسليمه في موطن البائع [(٢)] . ويترتب على ذلك أنه في الفروض السالف ذكرها – حيث يكون الثمن مستحق الدفع وقت تسليم المبيع – يجب دفع الثمن إما في المكان الذى يوجد فيه المبيع وقت تمام البيع إذا كان له محل وجود ثابت ، وإما في موطن البائع إذا لم يكن للمبيع محل وجود ثابت ، وبذلك يتم تسليم المبيع [(٣)] ودفع الثمن في وقت واحد وفي مكان واحد . وسواء دفع الثمن في المكان الذى يوجد فيه المبيع أو دفع في موطن البائع ، ففي الفرضين يكون الحكم استثناء من القواعد العامة ، وهي تقضى بأن يكون وفاء الالتزام – وهو هنا الثمن أى مبلغ من النقود – «في المكان الذى يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء أو في المكان الذى يوجد فيه مركز أعمال المدين إذا كان الالتزام متعلقاً بهذه الأعمال» (م٢/٣٤٧ مدنى) . فهنا قد دفع الثمن، لا في موطن المدين وهو المشترى أو في مركز أعماله ، بل دفع إما في مكان وجود المبيع وإما في موطن الدائن وهو البائع .

كل هذا بطبيعة الحال ما لم يوجد اتفاق أو عرف يخالفه .

٤٠٠ – الثمن مستحق الدفع في وقت غير وقت تسليم المبيع : ويكون الثمن مستحق الدفع في وقت غير وقت تسليم المبيع في الفرضين الآتيين :

(١) إذا حدد وقت معين لدفع الثمن دون أن يحدد وقت ما لتسليم المبيع ، ففي هذا الفرض يكون تسليم المبيع واجباً بمجرد تمام البيع ، ويكون دفع الثمن واجباً في الوقت الذى حدده له .

(٢) إذا حدد وقت معين لدفع الثمن وحدد وقت آخر لتسليم المبيع ، فيكون دفع الثمن وتسليم المبيع واجبين في وقتين مختلفين .

وعندئذ – في الفرضين المتقدمين – تنتفى الحكمة من جعل مكان دفع الثمن هو مكان تسليم المبيع ، فقد كانت وحدة المكان ملحوظة عندما كان الوقت واحداً أيضاً حتى

---

(١) فإذا كان المشترى هو الذى يطلب المبيع وجب عليه أولا أن يدفع الثمن ، وإذا كان البائع هو الذى يطلب الثمن وجب عليه أولا أن يسلم المبيع (انسكيلوبيدى داللوز ٥ لفظ vente فقرة ١٥٨١) . وإذا أرسل البائع السلعة إلى المشترى في مقابل دفع ثمنها (contre remboursement) فمكان تسليم المبيع ودفع الثمن هو موطن المشترى (أنسيكلوبيدى داللوز ٥ لفظ vente فقرة ١٦١٣).

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٣١٠.

(٣) ولابد أن يتم التسليم فعلا في المكان الذى يدفع فيه الثمن ، حتى يكون تنفيذ كل من الالتزامين المتقابلين في مكان واحد. وهذا ما يعلل أن عبارة «يسلم فيه المبيع» التى كانت واردة في نص المشروع التمهيدى قد عدلت في لجنة المراجعة فأصبحت «سلم فيه المبيع» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٣٣ – وأنظر آنفاً فقرة ٣٩٨ في الهامش) .

لا يسلم المبيع ويدفع الثمن فى وقت واحد وفي مكانين مختلفين . أما الآن والثمن [illegible] فى وقت غير الوقت الذى يسلم فيه المبيع ، فلم تعد هناك ضرورة فى أن يدفع فى [illegible] الذى يسلم فيه المبيع [1]. ومن ثم وجب الرجوع فى هذين الفرضين إلى القواعد [illegible] وهى تقضى كما رأينا بأن دفع الثمن يكون فى موطن المشترى أو فى مركز أعماله [illegible] استحقاق الثمن . وهذا ما نصت عليه فعلا الفقرة الثانية من المادة ٤٥٦ مدنى إذ [illegible] «فإذا لم يكن الثمن مستحقاً وقت تسليم المبيع ، وجب الوفاء به فى المكان الذى يوجد [illegible] موطن المشترى وقت استحقاق الثمن» (1). فليس هذا النص إلا تطبيقاً للقواعد [illegible] المتقدم ذكرها ، ومن ثم وجب أن يكون مكان دفع الثمن ، إذا كان البيع متعلقاً بالأعمال [illegible] التى يمارسها المشترى عادة وبخاصة إذا كان بيعاً تجارياً ، هو مركز أعمال المشترى (م٢/٣٤٧ مدنى) .

---

(١) لكن إذا كان الأجل الممنوح للمشترى لدفع الثمن هو نظرة الميسرة أو كان أجلا تفضل به عليه [illegible] بقى المشترى ملتزماً بدفع الثمن فى المكان الذى تسلم فيه المبيع وإن كان يدفعه فى وقت غير وقت تسليم المبيع (جيوار ٢ فقرة ٥٦٠ – أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٦ ص ١٠٠ – بودرى وسينيا فقرة ٤٩٦ [illegible] بلانيول وريبير وهامل ١٠ ص ١٦٥ هامش ٢) .

(1) أ – يدل نص المادة ٤٥٦ من القانون المدنى على أنه إذا كان الثمن مؤجلا ولم يوجد اتفاق صريح [illegible] ضمنى على مكان الوفاء وجب على البائع متى حل موعد استحقاق الثمن أن يسعى إلى موطن المشترى لمطالبته بالوفاء ، فإذا لم يتحقق هذا السعى من جانب البائع وتمسك المشترى بحقه فى أن يكون مكان الوفاء هو موطنه كان امتناع المشترى عن الوفاء فى موطن البائع مشروعا ولا يكون ذلك اخلالا منه بالتزامه .

(جلسة ١٩٨٦/١٢/٤ الطعن ٥٣ لسنة ٥١ ق)

(جلسة ١٩٨٣/١/٢ الطعن ١٢٩٩ لسنة ٥١ ق)

ب – الانتقال إلى محل اقامة المشترى ومطالبته بالوفاء والامتناع عنه هى جميعا فى حقه من قبيل الوقائع المادية وكان لا موجب قانونا على البائع بإفراغها فى شكل رسمى وأن جاز له ذلك ومن [illegible] فإنها تخرج عن نطاق التصرفات القانونية الواجب اتباع القاعدة المقررة بالمادة ٦٠ من قانون الإثبات فى شأن اثباتها فى حق الطاعن المشترى وهى على هذا النحو يجوز اثباتها بالبينة .

(جلسة ١٩٨٣/١/٢ الطعن ١٢٩٩ لسنة ٥١ ق)

جـ – الحكم بصحة ونفاذ عقد البيع يقوم مقام التوقيع امام الموثق على عقد البيع النهائى ويحل [illegible] فى التسجيل، فإذا كان وفاء باقى الثمن معلق على التوقيع على العقد النهائى، فان اشتراط [illegible] ألا يصرف البائع باقى الثمن الذى أودعه خزانة المحكمة إلا بعد صدور حكم نهائى بصحة [illegible] ذلك العقد هو اشتراط صحيح .

(جلسة ١٩٦٦/١٢/١٥ مجموعة احكام النقض السنة ١٧ ص ١٦٨٨)

وكل هذا أيضاً ما لم يوجد اتفاق أو عرف يخالفه [1].

المطلب الثانى
جزاء الأخلال بالتزام الوفاء بالثمن

٤٠١ – تطبيق القواعد العامة : إذا أخل المشترى بالتزام الوفاء بالثمن، كفلت القواعد العامة تعيين الجزاء على هذا الإخلال . فالبيع عقد ملزم للجانبين ينشئ التزامات متقابلة ، والالتزامان المتقابلان الرئيسيان فيه هما التزام البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشترى والتزام المشترى بدفع الثمن للبائع . فاذا لم يف المشترى بالتزامه، جاز للبائع بداهة أن يلزمه بالتنفيذ جبراً على ماله بالثمن ويستطيع بوجه خاص أن ينفذ على المبيع ذاته بعد أن أصبح فيه ملك المشترى وله عملية حق امتياز البائع فيتقدم فيه على سائر دائنى المشترى. وجاز للبائع أن يطلب فسخ البيع تطبيقاً لقواعد الفسخ المقررة فى العقود الملزمة للجانبين[٢]. وجاز للبائع أخيراً، إذا كان لم يسلم المبيع إلى المشترى، أن يحبسه فى يده حتى يستوفى الثمن، تطبيقاً لقواعد الدفع بعدم تنفيذ العقد المقررة أيضاً فى العقود الملزمة للجانبين . وهذه الجزاءات المختلفة– التنفيذ الجبرى وحق الامتياز وحبس المبيع وفسخ البيع – لها أهمية عملية بالغة فى البيع بوجه خاص ، لما لهذا العقد ذاته من أهمية عملية بالغة أشرنا إليها منذ البداية[٣] .

---

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد المكان الذى يجب فيه الوفاء بالثمن : «إما المكان فقد كانت القواعد العامة تقضى بأن يكون موطن المشترى وقت الاستحقاق الثمن، وهذا ما قرره المشروع فيما إذا كان مستحقاً فى هذا الوقت ، فإن البيع وهو عقد ملزم للجانبين يجب أن ينفذ جملة واحدة فيدفع الثمن وقت تسليم المبيع وفى مكان هذا التسليم . كل هذا لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيره . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٣٦) .

(٢) وقد كان المشروع التمهيدى يشتمل على نص هو المادة ٦٠٩ من هذا المشروع ، وكانت تجرى على الوجه الآتى : «إذا لم يدفع المشترى الثمن عند استحقاقه ، أو لم يقم بالالتزامات الأخرى التى نشأت من عقد البيع ، فالبائع بالخيار بين أن يلزم المشترى بالتنفيذ أو أن يطلب فسخ البيع» . والنص مقتبس من المادة ٤١٣/٣٣٢ من التقنين المدنى السابق ، وتنص على أنه «إذا لم يدفع المشترى ثمن المبيع فى الميعاد المتفق عليه ، كان للبائع الخيار بين طلب فسخ البيع وبين طلب إلزام المشترى بدفع الثمن». وقد حذفت المادة ٦٠٩ من المشروع التمهيدى فى لجنة المراجعة «لأنها مستفادة من القواعد العام» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٤٦ فى الهامش وص ١٤٩ فى الهامش) . أنظر أيضاً الفقرة الأولى من المادة ٥٨١ من التقنين المدنى العراقى» وأنظر استئناف مختلط ١٨ أبريل سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٠٥ .

(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٥١ ، ص ١٥٢ و ص ١٥٤.

وهى ضمانات قوية للبائع تيسر له الحصول على حقه من المشترى بطرق متعددة فتكفل بذلك مصلحته ، وتكفل فى الوقت ذاته مصلحة المشترى نفسه إذ تهيئ له سبل الائتمان فيستطيع فى يسر أن يجد البائع الذى يمهله فى الوفاء بالتزامه مطمئناً لما وضع القانون بين يديه من ضمانات قوية .

أما التنفيذ الجبرى وحق الامتياز فلهما مكان آخر ، الأول مكانه قانون المرافعات والثانى عند الكلام فى حقوق الامتياز . ويبقى للبحث هنا طريقان : (١) حبس المبيع (٢) وفسخ البيع [1] .

١ – حبس المبيع

٤٠٢ – النصوص القانونية : تنص المادة ٤٥٩ من التقنين المدنى على ما يأتى :

«١ – إذا كان الثمن كله أو بعضه مستحق الدفع فى الحال، فللبائع أن يحبس المبيع حتى يستوفى ما هو مستحق له ولو قدم المشترى رهناً أو كفالة ، هذا ما لم يمنح البائع المشترى أجلا بعد البيع» .

«٢– وكذلك يجوز للبائع أن يحبس المبيع ولو لم يحل الأجل المشترط لدفع الثمن إذا سقط حق المشترى فى الأجل طبقاً لأحكام المادة ٢٧٣» .

وتنص المادة ٤٦٠ على ما يأتى :

«إذا هلك المبيع فى يد البائع وهو حابس له ، كان الهلاك على المشترى، ما لم يكن

(١) وقد يشترط البائع ألا يتصرف المشترى فى المبيع قبل وفائه بالثمن كاملا ، فهذا الشرط صحيح، ومتى سجل البيع مقترناً بهذا الشرط جاز الاحتجاج به على من يتصرف له المشترى قبل الوفاء بالثمن (استئناف مختلط ١١ ديسمبر سنة ١٩١٩ م ٣٢ ص ٦٢ – يناير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٢٤ : ولكن يجوز للمشترى من المشترى أن يعتبر البيع الصادر له سبباً صحيحاً للتمسك بالتقادم القصير – ١٧ فبراير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٤٦ – ١٧ أبريل سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٥٥) . وقد يحتفظ البائع بالملكية حتى وفاء الثمن (استئناف مختلط ١٢ ديسمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ٩١ – ٤ مارس سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٢٤٧) ، وقد يشترط أنه فى حالة تأخر المشترى فى دفع قسط تحل باقى الأقساط وتستحق عليها جميعاً فوائد تأخير دون حاجة إلى إعذار ، فيصح الشرط (استئناف مختلط ١٤ يونية سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٣٦٣) . وإذا اشترط البائع فسخ البيع عند تأخر المشترى فى دفع قسط مع اعتبار الأقساط المدفوعة من قبل مستحقة للبائع على سبيل التعويض، نظر القاضى فى إعطاء البائع التعويض المناسب، وإلا كان المبلغ المدفوع على سبيل التعويض أكبر كلما كانت الأقساط المدفوعة أكثر (استئناف مختلط ١٩ مارس سنة ١٩٢٩ من ٤١ ص ٣٠٧ – ١٤ أبريل سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٤٩ – أول مارس سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٥٠) .

المبيع قد هلك بفعل البائع» [1] .

وتقابل هذه النصوص فى التقنين المدنى السابق المواد ٣٤٥/٢٧٤ و ٣٥٠/٢٧٩ و ٣٥١/٢٨٠ و ٣٥٣/٢٨١ و ٣٥٢ مختلط [2] .

(١) **تاريخ النصوص** :

م ٤٥٩ : ورد هذا النص فى المادة ٦٠٧ من المشروع التمهيدى ، والفقرة الأولى من نص المشرو التمهيدى تطابق ما استقرت عليه فى التقنين المدنى الجديد . أما الفقرة الثانية من نص المشرو التمهيدى فكانت تجرى على الوجه الآتى : «وكذلك يجوز للبائع أن يحبس المبيع ، حتى لو لم يح الأجل المشترط لدفع الثمن ، إذا كان المشترى قد أضعف ما قدمه من تأمينات للوفاء بالثمن، أو كا فى حالة إعسار يوشك معها أن يضيع الثمن على البائع ، ما لم يقدم المشترى كفيلا» . وفى لج المراجعة عدلت الفقرة الثانية بحذف الجزء الأخير منها وإحالة الحكم الوارد فيه على المادة ٢٧٣ م التقنين المدنى الجديد، وأصبحت المادة رقمها ٤٧٢ فى المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب فمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٥٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٤٣ – ص ١٤٥) .

م ٤٦٠ : ورد هذا النص فى المادة ٦٠٨ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : «١ – إذا حـ للبائع أن يحبس المبيع حتى يستوفى الثمن ، فلا يجوز للمشترى أن يستولى على المبيع دون إذن مـ البائع، وإلا جاز لهذا البائع أن يسترد المبيع . ٢ – على أنه إذا هلك المبيع فى يد المشترى، كان الهلا عليه . ٣– أما إذا سلم البائع المبيع طوعاً ، فليس له أن يسترده ، ولكنه يحتفظ بحقه فى المطالبة بفسـ العقد» . وفى لجنة المراجعة حذفت الفقرة الثالثة لعدم ضرورتها ، وعدلت الفقرة الثانية بجعلها تنص عل حكم الحالة العكسية لأنها أكثر خفاء ، فأصبح النص على الوجه الآتى : «١– إذا استعمل البائع حـ فى حبس المبيع حتى يستوفى الثمن ، فليس للمشترى أن يستولى على المبيع دون إذن البائع ، وإلا جـ للبائع أن يسترد المبيع . ٢ – وفى جميع الأحوال إذا هلك المبيع فى يد البائع وهو حابس له . كـ الهلاك على المشترى» . وصار رقم المادة ٤٧٣ فى المشروع النهائى . وفى لجنة الشؤون التشريعية لمجلـ النواب حذفت الفقرة الأولى لأنها «تطبيق واضح للقواعد العامة لا ضرورة للنص عليه» ، فأصبحت الـ مقصورة على الفقرة الثانية بعد أن أضافت إليها اللجنة حالة ما إذا كان المبيع قد هلك بفعل البائـ وهو حابس له وقضت أن الهلاك فى هذه الحالة يكون عليه لا على المشترى ، وهذه الحالة محتـ الوقوع فوجد من المفيد النص عليها . وأصبح نص المادة مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجد ووافق عليها مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٦٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ١٤٦ وص ١٤٨ – ص ١٤٩) .

(١) **التقنين المدنى السابق** م ٣٤٥/٢٧٤ : وضع اليد على المبيع بدون إذن البائع لا يكون معتبراً إذ يدفع الثمن المستحق ، بل يكون للبائع الحق حينئذ فى استرداد المبيع . وإنما إذا هلك المبيع وهو حيازة المشترى، كان هلاكه عليه .

م ٣٥٠/٢٧٩ : للبائع الحق فى حبس المبيع فى يده لحين استيلائه على المستحق فوراً من الثـ كلا أو بعضاً على حسب الاتفاق ، ولو عرض المشترى عليه رهناً أو كفالة ، هذا إن لم يكن الـ المذكور قد أعطى المشترى بعد البيع أجلا لدفع الثمن لم يحل .

م ٣٥١/٢٨٠ : ليس للبائع الذى لم يتحصل على الثمن المستحق دفعه إليه أن يسترد المبيع الذ

وتقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادتين ٤٢٧-٤٢٨ – وفى التقنين المدنى الليبى المادتين ٤٤٨ – ٤٤٩ – وفى التقنين المدنى العراقى المواد ٥٧٧ – ٥٨٠ – وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المواد ٤٠٧ – ٤١١[١] .

= سلمه باختياره للمشترى ، وإنما له الحق فى الحصول على فسخ عقد البيع بسبب عدم الوفاء به .

م ٣٥٣/٢٨١ : إذا قلت التأمينات المعطاة من المشترى لدفع الثمن أو صار فى حالة إعسار يترتب عليه ضياع الثمن على البائع ، جاز للبائع المذكور حبس المبيع عنده ولو لم يحل الأجل المتفق عليه لدفع الثمن فيه ، إلا إذا إعطاه المشترى كفيلا .

م ٣٥٢ مختلط : وليس للبائع أن يمتنع عن التسليم إذا حول المشترى بجميع الثمن أو بجزء منه .

(وأحكام التقنين السابق تتفق فى مجموعها مع أحكام التقنين الجديد، فيما عدا المادة ٣٥٢ مختلط فهذه حذفت لأنها على غير مقتضى القواعد العامة : المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٥٣ – ص ١٥٤) .

(١) **التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدنى السورى** م ٤٢٧ – ٤٢٨ (مطابقتان للمادتين ٤٥٩ – ٤٦٠ مصرى ، وانظر فى القانون المدنى السورى الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٢٣١ – فقرة ٢٣٦) .

التقنين المدنى الليبى م ٤٤٨ – ٤٤٩ (مطابقتان للمادتين ٤٥٩ – ٤٦٠ مصرى) .

التقنين المدنى العراقى م ٥٧٧ : ١ – للبائع حق حبس المبيع إلى أن يستوفى ما هو حال من الثمن ولو كان المبيع جملة أشياء بيعت صفقة واحدة ، فله حبسه إلى أن يستوفى الثمن الحال، سواء سمى لكل منها ثمن أو لم يسم . ٢ – حق إعطاء المشترى رهناً أو كفيلا بالثمن لا يسقط حق الحبس.

م ٥٧٨ : ١ – إذا سلم البائع المبيع قبل قبض الثمن ، فقد أسقط حق حبسه ، وليس للبائع فى هذه الحالة أن يسترد المبيع من يد المشترى ويحبسه إلى أن يستوفى الثمن . ٢ – وقبض المشترى المبيع = بدون إذن البائع قبل أداء الثمن لا يكون معتبراً ، وللبائع حق استرداده . فإن هلك المبيع أو تعيب وهو فى يد المشترى ، يتقلب القبض معتبراً ، ويلزم المشترى بأداء ما فى ذمته من الثمن .

م ٥٧٩ : ١ – إذا كان الثمن مؤجلا فى عقد البيع أو رضى البائع بتأجيله بعد البيع ، فلا حق له فى حبس المبيع ، بل يلزم بتسليمه إلى المشترى ولا يطالب بالثمن قبل حلول الأجل ٢ – على أنه يجوز للبائع أن يحبس المبيع حتى لو لم يحل الأجل المشترط لدفع الثمن ، إذا كان المشترى قد أضعف ما قدمه من تأمينات للوفاء بالثمن ، أو كان فى حالة إعسار يوشك معها أن يضيع الثمن على البائع ، هذا ما لم يقدم المشترى كفالة .

م ٥٨٠ : إذا مات المشترى مفلساً قبل قبض المبيع ودفع الثمن ، فللبائع حق حبسه إلى أن يستوفى الثمن أو تبيعه المحكمة وتؤدى للبائع حقه من ثمنه . فإن زاد عن حق البائع يدفع الزائد لباقى الغرماء ، وإن نقص ولم يوف حق البائع بتمامه فيكون أسوة للغرماء فيما بقى له .

(وأحكام التقنين العراقى تتفق فى مجموعها مع أحكام التقنين المصرى . أنظر فى القانون المدنى العراقى الأستاذ حسن الذنون فقرة ٩٣ – فقرة ٢٩٩ – الأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٥٦٦ – فقرة ٥٧١) . =

ونبحث فى حبس المبيع مسائل ثلاثاً : (١) متى يثبت للبائع حق حبس المبيع (٢) وما الذى يترتب على ثبوت هذا الحق (٣) وكيف ينقضى .

٤٠٣ – متى يثبت للبائع حق حبس المبيع : يخلص من نص المادة ٤٥٩ مدنى السالفة الذكر أن البائع يثبت له حق حبس المبيع حتى يستوفى الثمن إذا كان وقت دفع الثمن متقدماً أو معاصراً لوقت تسليم المبيع[1] . ويتحقق ذلك فى الحالتين الآتيتين :

= **تقنين الموجبات والعقود اللبنانى** م ٤٠٧ : يجب أن يكون التسليم فى وقت المعين له فى العقد ، وإذا لم يعين وقت وجب التسليم على أثر إنشاء العقد مع مراعاة المهل التى تقضيها طبيعة المبيع أو العرف. إن البائع الذى لم يمنح المشترى مهلة للدفع لا يلزم بتسليم المبيع ما دام المشترى لم يدفع الثمن . ولا يقوم مقام دفع الثمن كفالة أو غيرها من وجود التأمين . =

= م ٤٠٨ : إذا بيعت عدة أشياء جملة ، فيحق للبائع أن يحبسها كلها لديه إلى أن يقبض مجموع أثمانها، وإن كان ثمن كل منها قد عين على حدة .

م ٤٠٩ : ليس للبائع أن يمتنع عن تسليم المبيع : أولا – إذا أجاز لشخص آخر أن يقبض الثمن أو البقية الواجبة منه . ثانياً – إذا قبل حوالة على شخص آخر فى دفع الثمن أو البقية الواجبة منه . ثالثاً – إذا منح المشترى بعد العقد مهلة للدفع .

م ٤١٠ : لا يلزم البائع بتسليم المبيع وإن يكن قد منح الشارى مهلة للدفع : أولا – إذا أصبح المشترى بعد انعقاد البيع فى حالة الإعسار . ثانياً – إذا كان فى حالة الإفلاس أو التصفية القضائية عند البيع مع جهل البائع لحالته . ثالثاً – إذا نقصت التأمينات التى قدمها ضماناً للدفع حتى أصبح البائع مستهدفاً لخطر هلاك الثمن .

م ٤١١ : إذا استعمل البائع حق حبس المبيع بمقتضى المواد المتقدم ذكرها ، كان ضامناً للمبيع على الشروط التى يضمن بها الدائن المرتهن الشئ المرهون عنده .

(وتتفق أحكام التقنين اللبنانى مع أحكام التقنين المصرى ، فيما عدا : (١) أن قبول البائع لحوالة الثمن على شخص آخر يسقط حقه فى الحبس فى التقنين اللبنانى ، كذلك إذا أجاز البائع أن يقبض الثمن شخص آخر. ما فى القانون المصرى فيبقى حق الحبس ضامناً للبائع . (٢) حالات سقوط الأجل فى القانون اللبنانى تختلف فى بعض تفصيلاتها عن حالات سقوط الأجل فى القانون المصرى. أما فى هلاك العين المبيعة وهى محبوسة فى يد البائع بغير فعل البائع ، فإن الهلاك يكون على المشترى فى القانون المصرى ، وقد أحال التقنين اللبنانى فى ذلك على أحكام الرهن وتقضى المادة ١٠٨ من قانون الملكية العقارية فى لبنان بأن «يبقى العقار بإشراف واضع اليد ويبقى بعهدة المالك وعلى مسئوليته إذا أثبت المرتهن حدوث ظروف قاهرة» . فالهلاك إذن يكون على المالك؛ أى الراهن فى حالة الرهن وعلى المشترى فى حالة البيع ، ويكون حكم التقنين اللبنانى متفقاً فى مع حكم التقنين المصرى) .

(1) مادامت محكمة الموضوع قد سجلت على المشترى بحق أنه عجز عن اثبات وفائه بالثمن بما يثبت به قانونا فأنه لا يجوز له أن يطلب اجبار البائع على تنفيذ التزاماته التى من شأنها نقل الملكية عن طريق الدعوى المعروفة بصحة التعاقد أو صحة ونفاذ العقد لأن من حق البائع أن يحبس التزامه هذا حتى يقوم المشترى بتنفيذ ما حل من التزاماته .

(جلسة ١٩٦٧/٣/٣٠ الطعن ٢٤٣ لسنة ٣٣ ق س ١٨ ص ٧٤٣)

(جلسة ١٩٧٥/٤/٢٨ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٦ ص ٨٤٠)

=

أولاً – إذا كان الثمن مستحق الدفع ولم يكن البائع قد سلم المبيع للمشترى . ومثل ذلك أن يكون البيع مطلقاً من حيث وقت دفع الثمن فيكون الثمن مستحق الدفع بمجرد تمام البيع ، ويكون مطلقاً من حيث وقت تسليم المبيع فيكون المبيع واجب التسليم أيضاً بمجرد تمام البيع ، فيعاصر وقت دفع الثمن وقت التسليم المبيع . ومثل ذلك أيضاً أن يحدد وقت لتسليم المبيع دون أن يحدد وقت لدفع الثمن ، فيكون وقت دفع الثمن هو وقت تسليم المبيع كما قدمنا ، فيتعاصر الوقتان . ومثل ذلك أخيراً أن يحدد وقت لدفع الثمن متقدم على الوقت الذى يحدد لتسليم المبيع ، فيسبق وقت دفع الثمن وقت تسليم المبيع ، فإذا تأخر المشترى فى دفع الثمن حتى حان وقت تسليم المبيع كان للبائع أن يحبس المبيع حتى يستوفى الثمن .

ثانياً : إذا كان الثمن مؤجلا إلى وقت متأخر عن وقت تسليم المبيع ، فحان وقت تسليم المبيع قبل حلول أجل دفع الثمن ، ولكن الأجل المحدد لدفع الثمن سقط بسبب من أسباب سقوط الأجل ، فحل دفع الثمن فى الوقت الذى يجب فيه تسليم المبيع أو قبله ، وتعاصر الوقتان أو سبق الوقت الذى استحق فيه الثمن ، فيجوز للمشترى فى هذه الحالة أيضاً أن يحبس المبيع حتى يستوفى الثمن . وأسباب سقوط الأجل قبل انقضائه مذكورة فى المادة ٢٧٣ مدنى إذ تقول : «يسقط حق المدين فى الأجل : ١ – إذا شهر إفلاسه أو إعساره وفقاً لنصوص القانون . ٢ – إذا أضعف بفعله إلى حد كبير ما أعطى الدائن من تأمين خاص ولو كان هذا التأمين قد أعطى بعقد لاحق أو بمقتضى القانون ، هذا ما لم يؤثر الدائن أن يطالب بتكملة التأمين . أما إذا كان إضعاف التأمين يرجع إلى سبب لا دخل لإرادة المدين فيه ، فان الأجل يسقط ما لم يقدم المدين للدائن ضماناً كافياً . ٣ – إذا لم يقدم للدائن ما وعد فى العقد بتقديمه من التأمينات» . وقد سبق تفصيل القول فى ذلك[1] .

ويخلص مما تقدم أن البائع لا يحق له حبس المبيع إذا كان وقت دفع الثمن متأخراً عن وقت تسليم المبيع ، ولم يسقط أجل الوفاء بالثمن بسبب من أسباب السقوط المتقدمة الذكر[2] . ويتحقق ذلك مثلا إذا كان قد حدد وقت لدفع الثمن متأخر عن الوقت الذى

= (جلسة ١٩٧٦/١٢/٢١ الطعن ٧٥٥ لسنة ٤٥ ق)

(جلسة ١٩٨٠/٥/٢٨ الطعن ١٥٥٠ لسنة ٤٧ ق)

(١) أنظر الوسيط جـ ٣ فقرة ٧١ – فقرة ٧٥ .

(٢) ويجب أن يسقط الأجل فعلا ، فلا يكفى مجرد خشية البائع أن يكون المشترى معسراً عند حلول الأجل (بلانيول وريبير وهامل ١٠ ص ١٨٠ وهامش رقم ٣) . أما إذا كان البائع قد منح المشترى أجلا وهو يجهل أنه مفلس أو معسر ، فإن الأجل يمكن إسقاطه فى هذه الحالة للغلط ، ويكون للبائع حبس المبيع (بلانيول وريبير وهامل ١٠ ص ١٨٠ هامش رقم ٤) .

حدد لتسليم المبيع ، أو حدد وقت لدفع الثمن دون أن يحدد وقت لتسليم المبيع فيجب فى هذه الحالة تسليم المبيع بمجرد تمام البيع . أما الثمن فيدفع فى الوقت الذى حدده له ، ولا يجوز فى هاتين الحالتين للبائع حبس المبيع حتى يستوفى الثمن[1] . كذلك لا يكون البائع فى حاجة إلى حبس المبيع إذا كان وقت تسليمه متأخراً عن وقت دفع الثمن ، فهو فى هذه الحالة يستطيع أن يطالب المشترى بدفع الثمن دون أن يسلم له المبيع إلا فى الوقت المحدد للتسليم ، ولكن إذا جاء هذا الوقت وكان المشترى لم يدفع الثمن بعد جاز للبائع أن يحبس المبيع حتى يستوفى الثمن[2] .

ونلاحظ بعد ذلك أمرين : (١) إذا كان الأجل الممنوح لوفاء الثمن هو أجل منحه القاضى – وهذه هى نظرة الميسرة – لم يحل قيام هذا الأجل دون حبس البائع للمبيع إلى أن ينقضى الأجل ويستوفى الثمن ، حتى لو كان وقت تسليم المبيع سابقاً على وقت انقضاء الأجل . ذلك أن الأجل الذى يعطى لدفع الثمن فيحول دون حق الحبس يجب أن يكون أجلا منحه البائع للمشترى كما تقول العبارة الأخيرة من الفقرة الأولى من المادة ٤٥٩ مدنى ، أما الأجل الذى يعطيه القاضى للمشترى فقد منحه القاضى لا البائع ، ولعله يكون قد منحه للمشترى رغم إرادة البائع نفسه ، وهو على كل حال أجل منظور فيه إلى التيسير على المشترى لا إلى إضاعة حق البائع فى حبس المبيع حتى يستوفى الثمن[3] . (٢) إن حق البائع فى حبس المبيع حتى يستوفى الثمن فى الأحوال المتقدم ذكرها ليس إلا تطبيقاً لقاعدة الدفع بعدم تنفيذ العقد ولقاعدة الحق فى الحبس بوجه عام[4] ، فان البيع عقد ملزم للجانبين وقد تأخر المشترى فيه عن الوفاء بالتزامه وهو دفع الثمن ، فجاز للبائع أن يقف هو أيضاً من جانبه تنفيذ التزامه وهو تسليم المبيع ، فيحبسه حتى يستوفى الثمن[5] . وهذه القاعدة ليست من النظام العام فيجوز الاتفاق على ما يخالفها ، ومن ثم يجوز للمشترى أن يشترط على البائع فى عقد البيع ألا يحبس المبيع حتى لو لم يستوف الثمن المستحق .

(١) ولكن قد يقع فى هاتين الحالتين – وقت دفع الثمن متأخر عن وقت تسليم المبيع أو تحديد وقت لدفع الثمن دون تحديد وقت لتسليم المبيع – ألا يطالب المشترى بتسليم المبيع حتى يحين وقت دفع الثمن ، فللبائع عندئذ أن يحبس المبيع حتى يستوفى الثمن المستحق .

(٢) بودرى وسينيا فقرة ٣٠٧ ص ٣٠٨ .

(٣) لوران ٢٤ فقرة ١٧٠ – جيوار ٢ فقرة ٢١٧ – أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٤ هامش رقم ١٢ – بودرى وسينيا فقرة ٣٠٦ – بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٥٧ ص ١٩٧ .

(٤) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٥٢ .

(٥) والظاهر من تطبيق القواعد العامة أن عبء الإثبات على المشترى ، فهو الذى عليه أن يثبت أنه وفى بالثمن الحال فى ذمته حتى يطالب البائع بتسليم المبيع والامتناع عن حبسه فى يده ، ذلك لأن المشترى هو المدين بالثمن والمدين هو الذى يقع عليه عبء إثبات التخلص من دينه (أنظر مع ذلك بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٥٦ ص ١٧٩) .

وسنرى أن البائع يجوز له أيضاً ، بعد أن يثبت حقه في الحبس ، أن ينزل عن هذا الحق إما بمنحه أجلا للمشترى لدفع الثمن ، وإما بتسليمه المبيع اختياراً للمشترى بدلا من حبسه، وإما بأى طريق آخر يفيد النزول عن الحق .

٤٠٤ – ما الذى يترتب على ثبوت حق حبس المبيع للبائع : يترتب على ثبوت حق البائع في حبس المبيع ما يترتب على الحق في الحبس بوجه عام ، وقد بحثنا ذلك تفصيلا عند الكلام في الحق في الحبس [(١)] .

فالبائع يمتنع عن تسليم المبيع للمشترى حتى يستوفى الثمن كاملا وفوائده التي قد تكون مستحقة ، وهذا بالرغم من أن وقت تسليم المبيع يكون قد حل . ولا يتجزأ حق الحبس، فلو دفع المشترى بعض الثمن بقى المشترى حابساً لكل المبيع حتى يستوفى الثمن والفوائد جميعاً . ولو كان المبيع جملة أشياء بيعت صفقة واحدة ، فللبائع أن يحبس كل المبيع حتى يستوفى كل الثمن ، سواء سمى لكل شئ من الأشياء المبيعة ثمن أو لم يسم، ولا يحق للمشترى أن يطالب البائع بتسليم بعض المبيع إذا دفع من الثمن ما يقابل هذا البعض [(٢)] .

وثمرات المبيع أثناء مدة الحبس تبقى من حق المشترى ، فقد قدمنا أن للمشترى ثمرات المبيع من وقت تمام البيع ، ولا يؤثر الحبس في هذا الحق . ولكن يكون للبائع الحق في حبس ثمرات المبيع مع المبيع ذاته حتى يستوفى الثمن وفوائده التي تستحق بالرغم من عدم تسليم المشترى للمبيع ، فان عدم تسلم المشترى للمبيع يرجع إلى خطأه إذ لم يوف بالثمن المستحق في ذمته [(٣)] .

وعلى البائع أن يحافظ على المبيع أثناء حبسه إياه وفقاً لأحكام رهن الحيازة فيبذل في المحافظة عليه عناية الرجل المعتاد)م ١١٠٣ مدنى) ، وفى ذلك تقول الفقرة الثانية من المادة ٢٤٧ مدنى : «وعلى الحابس أن يحافظ على الشئ وفقاً لأحكام رهن الحيازة، وعليه أن يقدم حساباً عن غلته» . فاذا بذل هذا القدر من العناية فقد برئت ذمته من التزامه بالمحافظة على المبيع ، فاذا هلك المبيع بالرغم من ذلك بغير فعل البائع كان الهلاك على المشترى،

(١) أنظر الوسيط جزء ٢ فقرة ٦٦٨ – فقرة ٦٧٨ .

(٢) أنظر المادة ١/٥٧٧ عراقى والمادة ٤٠٨ لبنانى (آنفا فقرة ٤٠٢ في الهامش) .

(٣) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد: «أما ثمرات المبيع وقت الحبس فهى للمشترى من وقت استحقاق الثمن . وعليه فوائد الثمن» مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٥٤). ومع ذلك فقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه من المقرر قانوناً أن البائع له الحق في حبس العين المبيعة في فترة حبس العين . كذلك المشترى الذى يفسخ عقد البيع الصادر له ، له حق حبس العين المحكوم بفسخ البيع الصادر فيها حتى يوفى الثمن السابق له دفعه ، وهو في وضع يده حسن النية فلا يطالب بثمرات العين في فترة حبسها (استئناف مصر ٢٠ يناير سنة ١٩٤٩ المجموعة ٥٠ رقم [illegible]).

وقد نصت على ذلك صراحة المادة ٤٦٠ مدنى كما رأينا ، وهذا بالرغم من أن تبعة هلاك المبيع قبل التسليم تكون على البائع . فهى هنا على المشترى لأن التسليم لم يتم بخطأه، فهو الذى تأخر في دفع الثمن فاضطر البائع إلى حبس المبيع . أما إذا كان الهلاك بفعل البائع، تحمل هذا مسئولية الهلاك إذ وقع بخطأه ، وجاز للمشترى أن يطلب فسخ البيع مع التعويض وفقاً للقواعد العامة . ويترتب على وجوب أن يبذل البائع العناية المعتادة في المحافظة على المبيع أثناء الحبس أنه إذا كان يخشى على المبيع الهلاك أو التلف ، فله أن يحصل على إذن من القضاء في بيعه ، وينتقل الحق في الحبس من الشئ إلى ثمنه (٣/٢٤٧ مدنى) .

ولا يجوز للمشترى ، أثناء مدة الحبس ، أن يأخذ المبيع من البائع دون إذنه ، فان فعل جاز للبائع أن يطلب استرداده منه إذا هو قام بهذا الطلب خلال ثلاثين يوماً من الوقت الذى علم فيه بخروج المبيع من يده وقبل انقضاء سنة من خروجه . كذلك يجوز البائع أن يسترد المبيع من يد أى شخص آخر يأخذه منه دون إذنه ولو كان غير المشترى ، بنفس الشروط التي يسترد بها المبيع من المشترى . وتقول المادة ٢٤٨ مدنى في هذا الصدد : « (١) ينقضى الحق في الحبس بخروج الشئ من يد حائزه أو محرزه . (٢) ومع ذلك يجوز لحابس الشئ إذا خرج الشئ من يده خفية أو بالرغم من معارضته ، أن يطلب استرداده ، إذا هو قام بهذا الطلب خلال ثلاثين يوماً من الوقت الذى علم فيه بخروج الشئ من يده وقبل انقضاء سنة من خروجه » [(١)] .

وحق البائع في حبس المبيع يحتج به البائع على الغير ، فلو أن المشترى باع المبيع، ودفع المشترى من المشترى ثمنه للمشترى ، ولكن المشترى لم يدفع الثمن إلى البائع، جاز للبائع أن يحبس المبيع عن المشترى من المشترى حتى يستوفى الثمن من المشترى .

٤٠٥ – كيف ينقضى حق البائع في حبس المبيع : ويبقى حق البائع في حبس المبيع قائماً إلى إن ينقضى هذا الحق ، إما بزوال سببه ، وإما بنزول البائع عنه .

فينقضى حق البائع في حبس المبيع بزوال سبب الحبس ، وذلك بأن يستوفى البائع الثمن والفوائد جميعا ، وقد قدمنا أن الحبس لا يتجزأ ، فلو بقى في ذمة المشترى بعض الثمن أو الفوائد وحدها كان للبائع أن يحبس المبيع كله حتى يستوفى ما بقى في ذمة المشترى .

(١) أنظر المادة ٣٤٥/٢٧٤ من التقنين المدنى السابق والمادة ٢/٥٨٨ عراقى (آنفاً فقرة ٤٠٢ في الهامش) ولكن إذا هلك المبيع في يد المشترى قبل أن يسترده البائع ، كان الهلاك على المشترى من باب أولى مادام أنه يهلك على المشترى حتى لو كان في يد البائع ، ويجب على المشترى الوفاء بالثمن بالرغم من هلاك المبيع في يده (المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٥٣) .

وينقضى الحق فى حبس المبيع بنزول البائع عنه . وقد قدمنا أن هذا الحق ليس من النظام العام ، فيجوز للبائع أن ينزل عنه مقدماً فى عقد البيع فلا يجوز أن يحبس المبيع حتى لو لم يستوف الثمن المستحق . وكذلك يجوز للبائع ، بعد أن يثبت له الحق فى حبس المبيع، أن ينزل عنه صراحة أو ضمنا. فاذا سلم للمشترى المبيع اختياراً بعد ثبوت حقه فى حبسه، عد هذا نزولا منه عن حقه فى حبس المبيع [1] ، فلا يستطيع بعد ذلك أن يسترده من المشترى [2] . وإنما يستطيع فى هذه الحالة أن يطلب فسخ البيع لعدم وفاء المشترى بالثمن ، فاذا قضى له بالفسخ أمكنه عند ذلك استرداد المبيع [3] . وإذا ثبت للبائع حق حبس المبيع لعدم استيفاء الثمن المستحق ، ولكن البائع منح بعد ذلك باختياره للمشترى أجلا لدفع الثمن ، فان هذا يستخلص منه نزول ضمنى من البائع عن حقه فى حبس المبيع ، فيجوز للمشترى فى هذه الحالة مع انتفاعه بالأجل الذى منحه إياه البائع أن يطالب بتسليم المبيع بعد أن نزل هذا عن حقه فى حبسه [4] .

لكن حق البائع فى حبس المبيع حتى يستوفى الثمن المستحق لا يزول حتى لو قدم المشترى رهناً أو كفالة بالثمن . لأن البائع يطلب حقاً واجب الوفاء فى الحال، فلا يكفيه أن يقدم له المشترى رهناً أو كفالة ، وإذا كان الرهن أو الكفالة يضمن له الوفاء بحقه فعنده نظيرهما إذ له حق حبس المبيع وله حق امتياز عليه ، فليس هو فى حاجة إلى تأمينات أخرى

(١) استئناف مختلط ٦ أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٥١ – ولكن لا يعتبر تسليم المبيع إلى المشترى قرينة قانونية على أن الثمن قد دفع ، وقد يكون قرينة قضائية إذا سمحت ظروف الدعوى باستخلاص هذه القرينة (كولان وكابيتان ٢ فقرة ٩٤١ ص ٦٢٥ – بلانيول وريبير وبلانجيه ٢ فقرة ٢٤٩٢).

(٢) ويزول حق البائع فى حبس المبيع حتى لو رجع إليه بطريق آخر ، كبائع السيارة يسلمها للمشترى، ثم يسترجعها لإصلاحها فلا يستطيع أن يحبسها بالثمن (بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٤٦٠). وكما يجوز للبائع النزول عن حق الحبس إطلاقاً ، ويجوز له أيضاً أن ينزل عنه بشرط أن يقدم له المشترى كفالة أو رهناً بالثمن ، فاذا قدم له هذا الضمان ، سلمه المبيع واستعاض بالضمان عن حق الحبس .

(٣) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٥٣ – وأنظر المادة ٣٥١/٢٨٠ من التقنين المدنى السابق والمادة ١/٥٧٨ من التقنين المدنى العراقى أنفاً فقرة ٤٠٢ فى الهامش .

(٤) أنظر العبارة الأخيرة من الفقرة الأولى من المادة ٤٥٩ مدنى ، والعبارة الأخيرة من المادة ٣٥٠/٢٧٩ من التقنين المدنى السابق ، والمادة ١/٥٧٩ من التقنين المدنى العراقى والمادة ٤٠٩ ثالثاً من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى (آنفا فقرة ٤٠٢ فى الهامش) – وهذا ما لم يتحفظ البائع عند منحه الأجل للمشترى، فيمنحه الأجل مع الاحتفاظ بحقه فى حبس المبيع حتى يستوفى الثمن . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى «أما إذا منح البائع للمشترى أجلا جديداً للدفع ولم يتحفظ ، سقط حقه فى الحبس (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٥٣) . وقد قدمنا أن الأجل (نظرة الميسرة) الذى يمنحه القاضى للمشترى للوفاء بالثمن لا يسقط حق البائع فى حبس المبيع حتى يستوفى الثمن بعد انقضاء نظرة الميسرة ، لأن القاضى لا البائع هو الذى منح المشترى الأجل .

ولا يجبر على الاستعاضة عن التأمينات التى أعطاها له القانون بتأمينات جديدة يقدمها له المشترى [1] . وقد رأينا [2] أن حق المشترى فى حبس الثمن ، على النقيض من حق البائع فى حبس المبيع ، يزول بتقديم كفالة أو رهن للمشترى ، وهذا لأن السبب فى ثبوت حبس الثمن للمشترى هوخشيته من أن ينزع منه المبيع أو أن يجد البائع معسراً عند الرجوع بضمان العيب ، فتقديم كفالة أو رهن فى هذه الحالة يكفى للافاة سبب الحبس، فيزول هذا الحق .

ويلاحظ أن هناك سببين لسقوط الأجل يزولان إذا قدم المشترى للبائع ضماناً. فاذا ضعفت التأمينات التى تكفل الثمن لسبب لا دخل لإرادة المشترى فيه ، سقط الأجل ، وأصبح الثمن حالا ، فكان للبائع حبس المبيع حتى يستوفيه، وهذا ما لم يقدم المشترى للبائع ضماناً كافياً (م ٢٧٣ ثانياً مدنى) . فهنا يمتنع على البائع حبس المبيع إذا قدم له المشترى ضماناً كافياً للثمن ، لا لأن الضمان الكافى يحل محل الحبس بعد أن يحل الثمن بسقوط الأجل ، بل لأن الضمان الكافى يمنع من سقوط الأجل فلا يكون الثمن حالا ومن ثم لا يثبت حق البائع فى حبس المبيع أصلا . وكذلك يسقط الأجل ، فيصبح الثمن حالا ويحبس البائع المبيع حتى يستوفى ، إذا لم يقدم المشترى للبائع ما وعد فى العقد بتقديمه من التأمينات . فاذا قدم المشترى بعد ذلك ما وعد بتقديمه من التأمينات ، عاد الأجل إلى الظهور، ومن ثم لا يثبت للبائع حبس المبيع ، لا لأن التأمينات التى قدمها المشترى للبائع قامت مقام الحبس ، بل لأن حق الحبس ذاته لم يعد موجوداً بعد أن رجع الأجل إلى الظهور بتقديم المشترى التأمينات التى وعد بتقديمها .

وإذا حول البائع الثمن الذى فى ذمة المشترى إلى محال له ، انتقل الثمن بضماناته إلى المحال له ، ومن هذه الضمانات حق حبس المبيع . فاذا كان المبيع لا يزال فى يد البائع وسلمه للمحال له وحل الثمن ، كان للمحال له أن يحبس المبيع حتى يستوفى الثمن من المشترى ، فلا يزول حق الحبس بالحوالة [3] .

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد، «فإذا كان الثمن كله أو بعضه يستحق الدفع ولم يدفع ، جاز للبائع أن يحبس المبيع حتى يستوفى ما هو مستحق له ، ولا يسقط حقه فى الحبس (إلا أن يقدم له : إقرأ ولو قدم له ، ما ورد فى المذكرة الإيضاحية وقع فيه خطأ مادى) المشترى رهناً أو كفالة ، لأن البائع يطلب حقاً واجب الوفاء فى الحال» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٥٣ – ص ١٥٤) .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٣٩٧ .

(٣) بل وللمحال له أن يطلب فسخ البيع ، ويأخذ المبيع بدلا من الثمن – ومن أجل ذلك لم ينقل التقنين المدنى الجديد الحكم الذى كان وارداً فى المادة ٣٥٢ مدنى مختلط ، وكانت تنص على أنه «ليس للبائع أن يمتنع من التسليم إذا حول المشترى بجميع الثمن أو بجزء منه» ، فهذا الحكم لا يتفق مع القواعد العامة، وقد رأينا مقتضى تطبيقها فيما قدمناه ، وكان القضاء الوطنى يقضى فى عهد التقنين المدنى السابق بأن البائع الذى حول الثمن يبقى محتفظاً بحق حبس المبيع ، لأن التقنين المدنى الوطنى أغفل =

٢ – فسخ البيع

٤٠٦ – تطبيق القواعد العامة : إذا لم يف المشترى بالثمن المستحق ، فللبائع، غير حبس المبيع ، ضمان آخر هو أن يطلب فسخ البيع ، وتسرى القواعد العامة فى طلب الفسخ، وهذه القواعد مقررة فى المادتين ١٥٧ و ١٥٨ من التقنين المدنى . فتنص المادة ١٥٧ على أنه «١ – فى العقود الملزمة للجانبين ، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه ، جاز للمتعاقد الآخر بعد إعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه ، مع التعويض فى الحالتين إن كان له مقتض . ٢ – ويجوز للقاضى أن يمنح المدين أجلا إذا اقتضت الظروف ذلك، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام فى جملته» . وتنص المادة ١٥٨ على أنه «يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائى عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه، وهذا الاتفاق لا يعفى من الإعذار إلا إذا اتفق المتعاقدان صراحة على الإعفاء منه»[1] .

وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد يورد نصوصاً يطبق فيها الأحكام المتقدمة على عقد البيع بالذات ، فحذفت اكتفاء بالقواعد العامة ، وسيرد

= ذكر المادة ٣٥٢ من التقنين المدنى المختلط . فقضت محكمة شبين الكوم الكلية بأنه إذا حول البائع الثمن إلى شخص آخر ، فمجرد هذا التحويل لا يفهم منه صراحة أو ضمناً سقوط حق البائع فى حبس العين المبيعة فى القانون الأهلى ، وذلك لأن الشارع قد أغفل فى القانون المدنى الأهلى ذكر المادة ٣٥٢ من القانون المدنى المختلط ، ويفهم من هذا أن الشارع الأهلى قصد ألا يسقط حق حبس العين إلا بالتسليم الحقيقى أو التنازل الصريح عن هذا الحق أو دفع الثمن بالفعل (١٨ يناير سنة ١٩٣٧ المجموعة الرسمية ٣٨ رقم ٩٤) .

وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد إغفال المشروع للمادة ٣٥٢ مختلط : «ولم ينقل المشروع المادة ٣٥٢ من التقنين المختلط . فقد تركت هذه المسألة يستخلص حكمها من القواعد العامة ، وهذه تقضى بأن البائع إذا حول حقه فى الثمن انتقل إلى المحال له ما كان للبائع من ضمانات» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٥٤) . والمفروض فى هذه الحالة الأخيرة أن المشترى هو الذى أجرى حوالة الدين بالثمن فنقله من ذمته إلى ذمة المحال عليه ، وقبل البائع هذه الحوالة، فلا يعد قبوله للحوالة نزولا منه عن حقه فى حبس البيع ، بل له أن يحبس المبيع عن المشترى حتى يستوفى الثمن إما من المحال عليه وإما من المشترى نفسه .

ومن هنا نرى أن الأحكام الثلاثة التي أوردها تقنين الموجبات والعقود اللبنانى فى المادة ٤٠٩ منه لا تتفق مع القواعد العامة فى الحكمين الأولين ، وتتفق معها فى الحكم الثالث وحده . وتنص هذه المادة كما رأينا (أنظر فقرة ٤٠٢ فى الهامش) ، على ما يأتى : «ليس للبائع أن يمتنع عن تسليم المبيع : أولا – إذا أجاز لشخص آخر أن يقبض الثمن أو البقية الواجبة منه . ثانياً – إذا قبل حوالة على شخص آخر فى دفع الثمن أو البقية الواجبة منه . ثالثاً – إذا منح المشترى بعد العقد مهلة للدفع» .

(١) أنظر أيضاً فى هذا المعنى المادتين ١٥٨ – ١٥٩ من التقنين المدنى السورى ، والمادتين ١٥٩–١٦٠ من التقنين المدني الليبى ، والمادتين ١٧٧ – ١٧٨ من التقنين المدنى العراقى ، والمادة ٤٢ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى .

ذكرها فيما يلى[1] :

ويخلص من النصوص التى قدمناها أن فسخ البيع لعدم دفع الثمن إما أن يكون فسخاً قضائياً ، وإما أن يكون فسخاً اتفاقياً .

(أ) الفسخ القضائى

٤٠٧ – مسائل ثلاث : إذا أخل المشترى بالتزامه من دفع الثمن كاملا فى ميعاده، جاز للبائع كما قدمنا أن يطلب فسخ البيع ، وتسرى القواعد العامة فى صدد هذا الفسخ، ويسمى بالفسخ القضائى لأنه متروك لتقدير القاضى ، لا لاتفاق المتبايعين كما هو الأمر فى الفسخ الاتفاقى .

وقد كان المشروع التمهيدى يشتمل على نص فى الفسخ القضائى كما سبق القول، فكانت المادة ٦١٠ من هذا المشروع تجرى على الوجه الآتى : «(١) فى بيع العقار، يتعين الحكم بالفسخ فوراً ، إذا طلب البائع ذلك وكان مهدداً أن يضيع عليه المبيع والثمن . (٢) فاذا لم يكن مهدداً بذلك ، جاز للقاضى أن ينظر المشترى إلى أجل تقدر مدته تبعاً للظروف، على أن يدفع المشترى الفوائد القانونية إذا لم يتفق على فوائد أخرى . (٣) فاذا انقضى الأجل دون أن يدفع المشترى الثمن ، وجب الحكم بفسخ البيع دون إنظار المشترى إلى أجل آخر»[2] . وقد حذفت هذه المادة فى لجنة المراجعة «لأنها مستفادة من القواعد العامة»[3] .

فنستعرض إذن فى إيجاز القواعد العامة فى الفسخ القضائى[4] مطبقين اياها على عقد البيع بالذات ، فنبحث مسائل ثلاثاً : (١) متى يجوز الفسخ (٢) وكيف يكون الفسخ . (٣) والآثار التى تترتب على الفسخ .

(١) أنظر ما يلى فقرة ٤٠٧ وفقرة ٤١١ .

(٢) وكان هذا النص يقابل في التقنين المدنى السابق المادة ٤١٤/٣٣٣ – ٤١٥ ، وهى تنص على أنه «يجوز للمحكمة أن تعطى لأسباب قوية ميعاداً للمشترى لدفع الثمن مع وضع المبيع تحت الحجز عند الاقتضاء . ولا يجوز أن يعطى إلا ميعادا واحداً» . ويقابل فى التقنين المدنى العراقى المادة ٥٨١ ، وهى تنص على ما يأتى : «١– إذا لم يدفع المشترى عند استحقاقه ، أو أخل بالإلتزامات الأخرى التى نشأت عن عقد البيع ، فالبائع بالخيار إما أن يلزم المشترى بالتنفيذ ، وإما أن يطلب فسخ البيع . ٢ – ويتعين الحكم بالفسخ فوراً إذا طلب البائع ذلك وكان مهدداً أن يضيع عليه المبيع والثمن . فإذا لم يكن مهدداً بذلك، جاز للمحكمة أن تنظر المشترى إلى أجل تقدر مدته تبعاً للظروف ، على أن يدفع المشترى الفوائد القانونية إذا لم يتفق على فوائد أخرى . فإذا انقضى الأجل دون أن يدفع المشترى الثمن ، وجب الحكم بفسخ البيع دون إنظار المشترى إلى أجل آخر» .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٤٧ فى الهامش وص ١٤٩ فى الهامش .

(٤) أنظر فى القواعد العامة فى الفسخ القضائى الوسيط جزء أول فقرة ٤٦٥ – فقرة ٤٧٩ .

٤٠٨ – متى يجوز فسخ البيع لعدم الوفاء بالثمن : إذا كان الثمن مستحق الأداء ، وتخلف المشترى عن الوفاء به ، وجب على البائع إعذاره . فاذا لم يدفع المشترى الثمن بعد الإعذار، جاز للبائع أن يرفع دعوى على المشترى يطلب فيها فسخ البيع مع التعويض أن كان له مقتض [٢] . ويكفى لجواز طلب الفسخ أن يتخلف المشترى عن دفع الثمن كله أو بعضه(٢)(1)، أو أن يتخلـف عن دفع الفوائد وحدهـا كما إذا كان الثمن لـم يحل أجلـه

(١) ولمحكمة الموضوع أن تستخلص من المستندات المقدمة لها من أن المشترى قد نفذ لالتزامات التى ترتبت عليه بمقتضى عقد البيع ، وسلطاتها فى ذلك تامة لا رقابة عليها لمحكمة النقض (نقض مدنى ٨ ديسمبر سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ٨١ ص ١٥٢) . كما أن لها تستخلص أنه لم ينفذ هذه الالتزامات فتقضى بالفسخ ، سواء كانت هذه الالتزامات هي دفع الثمن أو التزامات أخرى أخذها المشترى على نفسه فى عقد البيع ، ففى قضية اشترى شخص أرضا من مصلحة الأملاك، وتعهد باقامة معامل صناعية عليها فى مدى ثلاث سنوات دون أن يقيم هذه المعامل ، ثم نشبت الحرب فادعى أن الحرب تمنعه من الوفاء بالتزامه ، واستخلصت محكمة الموضوع من هذه الوقائع بأن نيته فى عدم إقامة البناء من قبل نشوب الحرب بمدة طويلة قد تبينت (نقض مدنى ٣١ مايو سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٦٢ ص ٧١٢) . فاذا ارتفع السبب الذى أسس عليه البائع طلب الفسخ ، وجب بحث طلب الفسخ على أساس آخر هو تقصير المشترى فيما التزم به . وقد قضت محكمة النقض بأن إذا أسس البائع دعواه بطلب فسخ عقد البيع على أن المشترى ، بعد أن التزم بسداد ما هو مطلوب للحكومة التى تلقى عنها البائع ملكية المبيع من أقساط الثمن ، لم يقم بدفع شئ ، وأن الحكومة نزعت ملكية أطيانه هو وفاء لمطلوبها وبيعت ورسا مزادها على المشترى ، فحكم المحكمة بالفسخ على أساس إجراءات البيع الجبرى دون أن تعير التفاتاً إلى ما جاء بمحاضر جلسة البيع من أن مندوب الحكومة قرر أنها تنازلت عن دعوى الفسخ لحصول اتفاق جديد بينها وبين البائع وأنها رخصت للراسى عليه المزاد المتخلف بقبض ما كان دفعه من الثمن وأن هذا التنازل أثبت وألزمت الحكومة بمصاريف ، فانها تكون مخطئة ، لأن الفسخ تأسيساً على إجراءات البيع الجبرى غير جائز ما دام هذا السبب قد ارتفع ، وكان الواجب بحث طلب الفسخ على أساس التقصير المدعى به على المشترى فيما التزم به فى العقد (نقض مدنى ٢١ أبريل سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١١٤ ص ٣٣٠) .

(1) أ – تخلف الطاعن عن الوفاء بباقى الثمن بغير حق يجعله مخلا بالتزاماته قبل البائع وليس له الحق فى حبس باقى الثمن لأنه توافر لديه علمه بالمبيع وسند ملكية البائع له عند تحرير العقد فضلاً عن أنه تنازل عن حقه فى حبس الثمن بموجب الاتفاق فى العقد، وإذا كان ما استخلصته المحكمة فى هذا الخصوص استخلاصا سائغا يؤدى إلى النتيجة التى انتهى إليها فان النعى على الحكم المطعون فيه – الذى قضى بفسخ العقد – بهذه الاسباب يكون على غير أساس .

(جلسة ١٩٨٠/٣/٢٥ الطعن ٩١٠ لسنة ٤٥ ق س ٣١ ص ٨٨٨)

ب – تمسك الطاعن بدفاعه امام محكمة الموضوع بإن المطعون ضده لم يسلمه مستندات الملكية اللازمة لتسجيل عقد البيع موضوع التداعى ولم يشر فيه لسند ملكيته مما يخوله الحق فى حبس باقى الثمن . قضاء الحكم المطعون فيه برفض هذا الدفع استناداً إلى خلو العقد من النص على هذا الحق خطأ وقصور.

(جلسة ١٩٩٩/١١/٣٠ الطعن ٤٦٩٥ لسنة ٦٨ ق).

(٢) وإذا اشترط البائع حلول الأقساط الباقية إذا تأخر المشترى فى دفع قسط ، فإن ذلك لا يمنعه عن =

ولكن حلت الفوائد ولم يدفعها المشترى . فتخلف المشترى عن دفع أى جزء من الثمن حال الأداء ، أو تخلفه عن دفع الفوائد المستحقة على الثمن ، يكفى لجواز أن يرفع البائع دعوى يطلب فيها فسخ البيع . ويستوى أن يكون الثمن الذى تخلف المشترى عن دفعه كله أو بعضه رأس مال أو إيراداً مرتباً مدى الحياة . فمتى تخلف المشترى عن دفع قسط من أقساط الدخل الدائم ، جاز للبائع رفع دعوى الفسخ ، ولا يشترط تأخر المشترى عن دفع قسطين فى سنتين متواليين ، فان هذا الشرط ليس ضرورياً لفسخ البيع ، وإنما هو ضرورى لاستبدال رأس المال بالدخل الدائم (م ٥٤٧ مدنى) [١] . كذلك متى تخلف المشترى عن دفع قسط من أقساط الإيراد المرتب مدى الحياة ، جاز للبائع رفع دعوى الفسخ، ويطلب فسخ البيع ، وأن يرد ما سبق له قبضه من أقساط الإيراد مع فوائدها الاتفاقية أو القانونية من وقت القبض، وأن يسترد المبيع وثمراته من وقت البيع . وتنص المادة ٧٤٦ مدنى على هذا الحكم صراحة إذا تقول : «إذا لم يقم المدين (بالإيراد) بالتزامه، كان للمستحق أن يطلب تنفيذ العقد ، فان كان العقد بعوض جاز له أن يطلب فسخ مع التعويض إن كان له محل» [٢] . بل يكفى أن يتخلف المشترى عن رد مصروفات البيع – إذا كان البائع قد دفعها ليرجع بها على المشترى – إلى البائع حتى يستطيع هذا أن يرفع دعوى الفسخ ، لأن مصروفات البيع ملحقة بالثمن ، وهى على كل حال التزام فى ذمة المشترى فى عقد بيع ملزم للجانبين ، فمتى تخلف المشترى عن

= تأخر المشترى فى الدفع من طلب فسخ البيع (استئناف مختلط ٢٠ أبريل سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١٣٥)، وإذا اختار البائع المطالبة بالأقساط المتأخرة فذلك لا يمنعه إذا استمر المشترى فى عدم الدفع من طلب الفسخ (نفس الحكم السابق) . وإذا اشترط البائع على المشترى ألا يبيع العين المشتراة ولا يرهنها إلا بعد وفاء الثمن كاملا ، فهذا شرط فاسخ لا شرط واقف ، ويكون للمشترى أن يبيع أو يرهن ، ولكن تصرفه يكون معلقاً على شرط فاسخ هو دفع الثمن كاملا . فاذا لم يدفع ، جاز البائع أن يفسخ البائع الأصلى فينفسخ تبعاً لذلك تصرف المشترى بالبيع أو بالرهن (استئناف مختلط ٤ ديسمبر سنة ١٩٠١ م ١٤ ص ٣١) .

(١) جيوار ٢ فقرة ٥٧٢ – أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٦ ص ١٠٤ – بودرى وسينيا فقرة ٥٣٨ – عكس ذلك بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٦٣ – بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٥٨٧ – كولان وكابيتان ٢ فقرة ٥٩٣ – جوسران ٢ فقرة ١١٤١ .

(٢) أما فى التقنين المدنى الفرنسى فيوجد نص خاص (م ١٩٧٨) يمنع من فسخ العقد بسبب التأخر عن دفع قسط الإيراد المرتب مدى الحياة (بودرى وسينيا فقرة ٥٣٩ – بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٦٤ ص ١٨٦ – جوسران ٦ فقرة ١١٤٢) . أنظر أيضاً المادة ٤٨٠ فقرة ثالثة/ ٥٨٨ من التقنين المدنى السابق وكانت تجرى على الوجه الآتى : «ويجوز بالإيراد أن يتحصل فقط على بيع أموال هذا المدين وتخصيص مبلغ من أثمانها كاف لأداء المرتبات المتفق عليها» . فكان النص يمنع الفسخ ، ولا يجيز إلا التنفيذ على الوجه المذكور . ولكن التقنين المدنى الجديد – المادة ٧٤٦ السالفة الذكر – عدلت هذ النص، ورجعت فيه إلى مقتضى القواعد العامة . والعبرة بتاريخ البيع ، فإن كان قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ سرى التقنين السابق ، وإلا فالتقنين الجديد.

القيام بهذا الالتزام جار للبائع طلب فسخ العقد[1].

ويجوز طلب الفسخ في كل بيع ، ويستوى في ذلك بيع العقار وبيع المنقول . وإذا كانت المادة ٦١٠ من المشروع التمهيدى التى أسلفنا ذكرها تقتصر على ذكر بيع العقار فذلك لا يمنع من أن حكمها يصح أيضاً في بيع المنقول . إلا أنه يغلب في بيع المنقول أحد أمرين : إما أن يكون البيع مفسوخاً من تلقاء نفسه إذا لم يدفع المشترى الثمن في الحالة التى تعرض لها المادة ٤٦١ مدنى[2] وسيأتى بيانها ، وإما أن يمتنع الفسخ حتى لو لم يدفع المشترى الثمن لتغير حالة المبيع عما كان عليه وقت البيع كما إذا كان غزلا فنسج أو خشبا فصنع أثاثاً أو بذراً فوضع في الأرض[3] . ولكن يجوز في هاتين الحالتين أن يباع منقول ويكون البيع غير مؤجل لا في دفع الثمن لا في تسليم المبيع ، ويتخلف المشترى عن دفع الثمن فيستطيع البائع في هذه الحالة ولو كان قد سلم المبيع أن يطلب فسخ البيع فسخاً قضائياً ، ويكون للقاضي حق التقدير فيما إذا كان يقضى بفسخ البيع أو يعطى للمشترى مهلة لدفع الثمن[4] .

---

(١) بودرى وسينيا فقرة ٥٣٧ – بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٦٢ وإذا كان المبيع ينتج ثمرات وتسلمه المشترى ، وأودع الثمن خزانة المحكمة دون الفوائد وهى مستحقة في هذه الحالة بمجرد تسلم المبيع، لم يكن عرض الثمن دون الفوائد صحيحاً ، وجاز للبائع طلب الفسخ (نقض مدنى ١٣ مارس سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١١٠ ص ٦٤٠) .

(٢) وهى حالة ما إذا اتفق المتبايعان على ميعاد لدفع الثمن وتسليم المبيع .

(٣) ولا يعتبر تغيراً لحالة المبيع يمتنع معه الفسخ أن يصبح المنقول عقاراً بالتخصيص ، إذا كان المنقول لا يزال محتفظاً بذاتيته المادية ، كماشية ألحقت بأرض زراعية ، وكالآلات الزراعية والسواقى ونحوها تخصص لخدمة الأرض ، وكالمرايا والتماثيل توضع في منزل (بودرى وسينيا فقرة ٥٣٥).

(٤) وقد كان المشروع التمهيدى يشتمل على نص يورد حكماً غير هذا الحكم ، فكانت المادة ٦١٣ من المشروع تنص على ما يأتى : «١– إذا كان البيع غير مؤجل ، جاز للبائع ، إذا لم يستوف الثمن، أن يسترد ما باعه من منقول ما دام المبيع في حيازة المشترى، على أن يكون الاسترداد في مدة خمسة عشر يوماً من وقت تسليم المبيع ، وعلى أن يبقى المنقول حافظاً – لحالته التى تم عليها التسليم – ٢ – على أنه لا يجوز أن يضر الاسترداد بامتياز المؤجر ، إلا إذا أثبت أن المؤجر كان يعلم أن المنقولات وغيرها مما هو موجود بالعين المؤجرة لم يدفع ثمنها . ٣ – ولا يجوز الإخلال فيما تقدم بالقوانين والعادات التجارية المتعلقة بالاسترداد» . فكان هذا النص يجعل بيع المنقول غير المؤجل – أى الذى لم يتفق فيه على ميعاد لدفع الثمن وتسليم المبيع – مفسوخاً من تلقاء نفسه دون اتفاق في العقد على ذلك ، إذا لم يستوف الثمن ولهذا أن يسترد المبيع من تحت يد المشترى إذا كان قد سلمه له ، وذلك في مدة خمسة عشر يوماً من وقت التسليم ، بشرط أن يكون المبيع لا يزال في حيازة المشترى ولا يزال حافظاً لحالته التى كان عليها وقت التسليم ، ودون أخلال بامتياز المؤجر وبالقوانين والعادات التجارية (أنظر في هذا المعنى المادة ٢١٠٢ رابعاً من التقنين المدنى الفرنسى والمادة ٤٦٩ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى). ولكن لجنة مجلس الشيوخ حذف هذه المادة «لأنها تتناول تفصيلات يحسن أن تترك للقواعد العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٥٠ – ص ١٥٢ في الهامش) . وبمقتضى تطبيق القواعد العامة أن =

ويستوى كذلك في الفسخ القضائي أن يكون البيع بيعاً مدنياً أو بيعاً تجارياً، غير أنه في المبيع التجارى يدخل التقنين التجارى تعديلات على حق البائع في الفسخ القضائي في حالة إفلاس المشترى، فيمتنع هذا الحق إذا سلمت البضائع المبيعة للمفلس ، ويصبح البائع دائناً وهو أسوة الغرماء فيه[1].

ويستوى أخيراً في الفسخ القضائي أن يكون البيع بالممارسة أو أن يكون بيعاً قضائياً بالمزاد العلنى جبرياً كان أو اختيارياً[2] . وإذا كان قانون المرافعات قد نظم إجراءات خاصة، في حالة البيع القضائي بالمزاد، لإعادة البيع على من رسا عليه المزاد وتخلف عن دفع الثمن، لهذا الطريق الذى يقصد به إعادة البيع لمصلحة الدائنين لا يمنع من سلوك الطريق الآخر وهو المطالبة بفسخ البيع وإعادة المبيع إلى صاحبه. وقد يكون لصاحبه مصلحة في ذلك، كما إذا كان قاصراً وبيع عقاره بالمزاد فلم يصل إلى ثمن مناسب ولا يتوقع وصوله إلى ثمن مناسب إذا أعيد بيعه على من رسا عليه المزاد فيفسخ البيع بدلا من إعادته ويرد البيع للقاصر، وكما إذا كان صاحب المبيع مديناً ينفذ عليه دائنوه فانصلحت حاله وأصبح قادراً على وفاء ديونه ومن ثم تكون له مصلحة في فسخ البيع واسترداد المبيع بدلا من إعادة البيع[3].

والذى يطلب الفسخ هو البائع ، وخلفه العام كالوارث ، ودائنوه باستعمالهم حق

= يكون الفسخ قضائياً ، ومن ثم يترك للقاضي سلطة التقدير فيما إذا كان يقضى بالفسخ أو يعطى مهلة للمشترى لدفع الثمن ، ولا يعتبر البيع مفسوخاً من تلقاء نفسه دون أن يكون هناك اتفاق على ذلك، شأن المنقول في ذلك شأن العقار .

(١) وتنص المادة ٦٢٩ من قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ على أنه «١ – إذا فسخ عقد البيع بحكم أو بمقتضى شرط في العقد قبل صدور الحكم بشهر إفلاس المشترى، جاز للبائع استرداد البضائع كلها أو بعضها في التفليسة بشرط أن توجد عينا. ٢– ويجوز الاسترداد ولو وقع الفسخ بعد صدور شهر الإفلاس بشرط أن تكون دعوى الاسترداد أو دعوى الفسخ قد رفعت قبل صدور هذا الحكم» ونصت المادة ٦٣٠ تجارى على ما يأتى» «١ – إذا أفلس المشترى قبل دفع الثمن وكانت البضائع لا تزال لدى البائع ، جاز له حبسها . ٢– وإذا أفلس المشترى بعد إرسال البضائع إليه وقبل دخولها مخازنه أو مخازن وكيله المكلف ببيعها جاز للبائع استرداد حيازتها . ومع ذلك لا يجوز الاسترداد إذا فقدت البضائع ذاتيتها ، أو تصرف فيها المفلس قبل وصولها. بغير تدليس ، بموجب وثائق الملكية أو النقل . ٣– وفي جميع الأحوال يجوز لأمين التفليسه ، بعد استئذان قاضى التفليسة أن يطلب تسليم البضائع بشرط أن يدفع للبائع الثمن المتفق عليه ، فإذا لم يطلب أمين التفليسة ذلك جاز للبائع أن يتمسك بحقه في الفسخ وطلب التعويض والاشتراك به في التفليسة» وتنص المادة ٦٣١ تجارى بأنه «١– اذا أفلس المشترى قبل دفع الثمن وبعد دخول البضائع مخازنه أو مخازن وكيله المكلف ببيعها ، فلا يجوز للبائع أن يطلب فسخ البيع أو استرداد البضائع، كما يسقط حقه في الامتياز . ٢– وكل شرط يكون من شأنه تمكين البائع من استرداد البضائع أو الاحتفاظ بامتيازه عليها لا يحتج به على جماعة الدائنين .

(٢) استئناف مصر ٢٨ مايو سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٢./٩٣ ص ١٥٣ .

(٣) بودرى وسينيا فقرة ٥٤٠ – بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٦٠ – كولان وكابيتان ٢ فقرة ٩٥٢ – الأستاذان أحمد نجيب الهلالي وحامد زكى فقرة ٤٤٤ .

مدينهم فى طلب الفسخ ، والمحال له بالثمن إذا حول البائع الثمن إلى شخص آخر [1]، ومـن دفع الثمن للبائع وحل محله فيه عن طريق الوفاء مع الحلول. وترفع دعوى الفسخ على المشترى، وخلفه العام كالـوارث . وإذا باع المشترى الذى لم يوف الثمن المبيع إلى مشتر ثان، وكانت صحيفة دعوى الفسخ قد سجلت قبل تسجيل عقد البيع الصادر إلى المشترى الثانى، فان فسخ البيع يحتـج به على المشترى الثانى . وإذا تعدد البائع أو تعدد المشترى، كان طلب الفسخ قابلا للانقسام أو غير قابل له بحسب ما إذا كان المبيع قابلا لذلك أو غير قابل [2] .

ويجب حتى يجوز طلب الفسخ أن يكون البائع قد قام بالتزاماته الناشئة من عقد البيع أو مستعداً للقيام بها ، فيكون قد سلم المبيع للمشترى إذا كان وقت التسليم قد حان قبل وقت دفع الثمن ، أو يكون مستعداً لتسليم المبيع بمجرد حلول وقت التسليم [3] . فإذا كان المبيع قد هلك فاستحال تسليمـه ، فان البيع ينفسخ بحكم القانون ، ولا حاجة فى هذه

(١) استئناف مختلط ١٥ يناير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٢٧ – ولا يجوز للبائع الذى حول الثمن أن يرفع هو نفسه دعوى الفسخ إلا بموافقة المحال له (نفس الحكم السابق) .

(٢) استئناف مختلط ١٩ أبريل سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٣٨٩ – أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٦ ص ١٠٤ – بودرى وسينيا فقرة ٥٤٢ – فقرة ٥٤٥ – بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٦١ وفقرة ١٧١ – كولان وكابيتان ٢ فقرة ٩٥٦ .

ولكن يلاحظ أنه فى حالة ما إذا كان المبيع قابلا للتجزئة ، وتجزأت دعوى الفسخ على البائعين المتعددين أو على الورثة المتعددين للبائع ، فأراد بعض منهم فسخ البيع دون الآخرين ، جاز للمشترى أن يطلب انضمام من لم يطلب الفسخ إلى من طلب حتى لا تتجزأ عليه الصفقة ، ولا يجوز أن يفسخ البعض فى كل المبيع (كولان وكابيتان ٢ فقرة ٩٥٦ – جوسرن ٢ فقرة ١١٤٣ – ولكن قارن بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٥٩٣) .

وإذا مات المشترى عن ورثة متعددين ، جاز للبائع أن يطلب الفسخ فى نصيب أحدهم ، ولا يحتج هذا بتفرق الصفقة فقد تفرقت قبل ذلك بالميراث (الأستاذان أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ٤٤٢ – الأستاذ أنور سلطان فقرة ٣٠٣ ص ٣٥٣) .

(٣) بودرى وسينيا فقرة ٥٤٦ – فلا يحتج البائع ، وهو لم يسلم المبيع فى ميعاد التسليم، بأن المشترى لم يدفع الثمن فلا داعى إلى التسليم ، فما دام هو نفسه قد تأخر فى التسليم فلا يحق له طلب الفسخ حتى يسلم المبيع أولا للمشترى ثم يطلب منه بعد ذلك دفع الثمن أو الفسخ (بودرى وسينيا فقرة ٥٤٦ – بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٦١) . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الواقع الذى أثبتته محكمة الموضوع أن البائع تخلف بغير عذر عن توقيع عقد البيع النهائى ، فإن قضاءها برفض دعواه التى طلب فيها فسخ البيع لتأخر المشترى عن الوفاء بالثمن لا تكون فيه مخالفة للقانون (نقض مدنى ٢١ مارس سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٥٢ ص ١٣٢) . أما إذا طلب البائع الفسخ ، وفى أثناء نظر الدعوى باع جزءاً من المبيع لأنه يئس من دفع المشترى للثمن ، لم يجز للمشترى أن يحتج عليه بأنه خالف عقد البيع ، لأن البائع لم يلجأ إلى هذا العمل إلا بعد يأسه من قيام المشترى بدفع الثمن (نقض مدنى ١٣ مارس سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١١٠ ص ٦٤٠) .

الحالة إلى طلب الفسخ ، ويتحمل البائع تبعة الهلاك كما سبق القول . وإذا كان البائع ق
قبض جزءاً من الثمن وطلب الفسخ لعدم استيفاء الباقى، وجب أن يكون مستعداً لرد م
قبضه من الثمن إلى المشترى [1] .

٤٠٩ – كيف يكون فسخ البيع : رأينا أن الفقرة الأولى من المادة ١٥٧ مدنى تقضي
بوجوب أن يعذر البائع المشترى أن يدفع الثمن قبل أن يرفع دعوى الفسخ . وإذا لم يعذ
البائع المشترى قبل رفع الدعوى ، فان رفع الدعوى بالفسخ يعد إعذاراً [2]، ولكن الإعذ
السابق على رفع الدعوى تظهر أهميته العملية فى أنه يجعل القاضى أسرع استجابة إل
طلب الفسخ ، وإلى الحكم بمصروفات الدعوى على المشترى، وإلى الحكم عليه أيض
بتعويض فوق الحكم بالفسخ [3] .

(١) ويجوز أن يشترط المشترى فى عقد البيع ألا يكون للبائع حق الفسخ وليس له إلا حق التنفيذ. على أ
تنازل البائع عن حق الفسخ على هذا النحو يجب أن يكون واضحاً وأن يفسر تفسيراً ضيقاً شأن ك
تنازل عن الحق . فإذا اشترط الفسخ عند عدم دفع المشترى للقسط الأول من الثمن ، لم يجز أ
يستخلص من هذا أنه قد نزل عن حقه فى الفسخ عند تأخر المشترى فى دفع الأقساط الباقية. وقد قض
محكمة النقض بأنه إذا كان عقد البيع مذكوراً فيه أن البائع قد اشترط لمصلحة نفسه أن عدم د
القسط الأول يجعل البيع لاغياً ، ورأت محكمة الموضوع أن هذا الشرط ليس معناه أن القسط الأول إ
دفع ولم تدفع الأقساط الباقية يكون البائع محروماً مما يخوله له القانون من طلب فسخ البيع عند عد
دفع المتأخر من الثمن ، بل إن هذا الحق ثابت له بنص القانون وباق له من غير أى اشتراط فى العق
بخصوصه ، فإن تفسيرها هذا للشرط لا يصح الطعن عليه بأنه مخالف للعقد الذى هو قانون المتعاقدير
لأنه تفسير يحتمله العقد ولا غبار عليه قانوناً . ولكن كان يصح هذا الطعن لو أن العقد كان مذكوراً ف
بصفة صريحة أن البائع لا يكون له حق طلب الفسخ إذا تأخر دفع ما بعد القسط الأول بل يكون
فقط حق تقاضى المتأخر مضموناً بماله من امتياز على العقار المبيع (نقض مدنى ٢ مايو سنة ٩٣٥
مجموعة عمر ١ رقم ٢٥٩ ص ٧٥٠) .

(٢) استئناف مختلط ١٩ يناير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٢٢ .

(٣) ولا يكفى لترتب الأثر القانونى للإعذار أن يكون المشترى قد قال فى دعوى أخرى أن البائع أنذره،
دام ذلك القول قد صدر فى وقت لم يكن النزاع على العقد المتنازع فيه مطروحاً ، بل يجب تقد
الإنذار حتى يمكن للمحكمة أن تتبين أن كان يترتب عليه الفسخ أو لا ، وذلك بالرجوع إلى تاري
وما تضمنه لأنه قد يكون حاصلا قبل الميعاد المعين للوفاء أو قبل قيام البائع بتعهداته التى توقفت علي
تعهدات المشترى (نقض مدنى ١٦ مارس سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١١٢ ص ٢٩٣) وقض
محكمة النقض بأنه وإن كان يتعين لكى تقضى المحكمة بفسخ عقد البيع تحقيقاً للشرط الفا
الضمنى أن ينبه البائع على المشترى بالوفاء تنبيهاً رسمياً ، إلا أن محل ذلك ألا يكون المشترى قد صر
بعدم رغبته بالقيام بالتزامه فإذا كان المشترى قد عرض ثمناً أقل مما هو ملزم بسداده وصمم على ذا
لحين الفصل فى الدعوى ، فلا يكون هناك حاجة – لكى يصح الحكم بالفسخ – إلى ضرورة التن
على المشترى بوفاء الثمن المستحق (نقض مدنى ٣١ مايو سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ ،
٨٦ ص ٦٣١ – ٢١ فبراير سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٢٠ ص ١٥٨) .

وإذا أعذر البائع المشترى وحدد له فى الإعذار مدة لدفع الثمن ، فإن هذه المدة لا تسلب الإعذار

ولا يقع فسخ البيع من تلقاء نفسه كما قدمنا ، بل لابد من رفع دعوى وصدور حكم بالفسخ . وهذا هو الفرق ما بين الفسخ القضائي والفسخ الاتفاقي . ففي الفسخ القضائي يكون الحكم منشئاً للفسخ ، ومن ثم تعتبر المطالبة بالفسخ القضائي من أعمال التصرف فيجب أن تتوافر أهلية التصرف في البائع حتى يقوم بهذه المطالبة ، فاذا رفع الوصي دعوى بالفسخ بدون إذن المحكمة كانت الدعوى غير مقبولة . أما في الفسخ الاتفاقي فان الحكم يكون مقرراً للفسخ لا منشئاً له ، وتعتبر المطالبة بالفسخ في هذه الحالة من أعمال الإدارة يستطيع الوصي أن يقوم بها دون إذن المحكمة .

وأبرز ما يميز الفسخ القضائي أن الحكم بفسخ البيع ليس محتما على القاضي (1). وقد رأينا أن الفقرة الثانية من المادة ١٥٧ مدني تقول : «ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلا إذا اقتضت الظروف ذلك ، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام في جملته» . وكانت المادة ٦١٠ من المشروع التمهيدي ، كما رأينا ، تقضي بأنه يتعين على القاضي الحكم بالفسخ إذا كان البائع مهدداً أن يضيع عليه المبيع والثمن ، فاذا لم يكن مهدداً بذلك جاز للقاضي أن ينظر المشترى إلى أجل تقدر مدته تبعا للظروف (2)، على أن يدفع المشترى الفوائد القانونية إذا لم يتفق على فوائد أخرى ، فاذا انقضى الأجل دون أن يدفع المشترى الثمن وجب الحكم

= أثره القانون (استئناف مختلط ٢٣ مايو سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢٦٨) . والإعذار واجب حتى لو جعل البيع موقوفاً على شرط دفع الثمن (استئناف مختلط ١٣ أبريل سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٧٠). ورفع الدعوى يعتبر إعذاراً كما تقدم ، وهو لا يسلب القاضي حقه في إعطاء المشترى مهلة لدفع الثمن (استئناف مختلط ١٩ يناير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٨٥) .

(1) لا يحول دون استعمال المشترى لحق حبس الثمن تضمين العقد الشرط الفاسخ جزاء عدم وفاء المشترى بالثمن في الميعاد المتفق عليه ، ذلك أن هذا الشرط لا يتحقق إلا إذا كان التخلف والوفاء بغير حق ، فإن كان حق المشترى قانونا أن يحبس الثمن عن البائع فلا عمل للشرط الفاسخ ولو كان صريحاً.
(جلسة ١٩٨٢/١١/١٨ الطعن ٧٠٩ لسنة ٤٨ ق س ٣٣ ص ٩٣٤)
(جلسة ١٩٨٤/١١/٢٢ الطعن ٢٣٤ لسنة ٥١ ق س ٣٥ ص ١٨٧٧)
(جلسة ١٩٨٦/١/٩ الطعن ١٥٠٢ لسنة ٥٢ ق)

(2) اعطاء المشترى مهلة للوفاء بثمن المبيع اتقاء للفسخ، أو رفض طلبها مما يدخل في سلطة محكمة الموضوع التقديرية لأنه من الرخص التي أطلق الشارع فيها لقاضي الموضوع الخيار من أن يأخذ فيها بأحد وجهي الحكم في القانون حسبما يراه هو من ظروف كل دعوى بغير معقب عليه .
(جلسة ١٩٦٩/٢/١٣ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٠ ص ٣٢٥)
(جلسة ١٩٦٨/٥/١٦ مجموعة أحكام النقض السنة ١٩ ص ٩٦٢)
(جلسة ١٩٨١/٦/٢ الطعن ٤٠٣ لسنة ٤٨ ق)

بفسخ البيع دون أنظار المشترى إلى أجل آخر . فالحكم بالفسخ القضائي إذن لا يكون محتما على القاضي كما قدمنا ، بل يكون هناك خيار بين الفسخ والتنفيذ ، وهذا الخيار يكون لكل من الدائن والمدين والقاضي .

فللدائن بعد رفع دعوى الفسخ أن يعدل قبل الحكم عن هذا الطلب إلى طلب التنفيذ (١) ، كما أن له إذا رفع دعوى التنفيذ أن يعدل عن طلب التنفيذ إلى طلب الفسخ (٢) . ولكن لا يجوز له الجمع بين التنفيذ والفسخ في طلب واحد واذا كان قد نزل عن أحد الطلبين فلا يستطيع الرجوع إليه ، ولكن مجرد رفع الدعوى بطلب منهما لا يعتبر كما رأينا نزولا منه عن الطلب الآخر .

وللمدين هو أيضاً ، قبل الحكم النهائي بالفسخ (٣) ، أن يدفع الثمن فيمنع الحكم بالفسخ (1) . وإنما يجوز للقاضي في هذه الحالة أن يحكم عليه بالتعويض إذا كان له

---

(١) استئناف مختلط ١٨ مايو سنة ١٩٣٧ م ٤٦ ص ٢٢٦.

(٢) استئناف مختلط ١٣ ديسمبر سنة ١٩٤٤ م ٥٧ ص ٢٦ . ولكن إذا قضي بالتنفيذ ابتدائياً، لم يجز للبائع في الاستئناف العدول عن التنفيذ إلى طلب الفسخ (استئناف مختلط ٣ يناير سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٨٥) ، ولكن له طلب الفسخ احتياطياً مع استبقائه طلب التنفيذ طلبا أصلياً في الاستئناف (استئناف مختلط ١٨ فبراير سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ٩٦) . كذلك إذا رفعت دعوى الفسخ، فقبل المشترى الفسخ وأعلن قبوله للبائع ، لم يعد يجوز للبائع أن يعدل عن طلب الفسخ إلى طلب التنفيذ (استئناف مختلط ١٣ نوفمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٢٣) . والذي له الحق في قبول الفسخ هو المشترى، وليس المشترى من المشترى فهذا يبقى مصير شرائه معلقاً على فسخ البيع الأول أو بقائه (استئناف مختلط ٩ يناير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٢٧) .

(٣) ولو أمام المحكمة الاستئنافية قبل صدور الحكم النهائي (استئناف وطني ٦ نوفمبر سنة ١٩٠٦ الحقوق ٢٢ ص ٣٣ - ٢٩ يناير سنة ١٩٢٢ المجموعة الرسمية ٢٤ رقم ٤٢ ص ٦٩)، ولو بعد رفع التماس قبلت المحكمة النظر فيه لأن قبول الالتماس يعيد إلى الخصوم حقوقهم التي كانت لهم قبل صدور الحكم المقبول فيه الالتماس (استئناف وطني ٢٥ مايو سنة ١٩٠٥ المجموعة الرسمية ٧ رقم ٤٩ ص ١٠٣) . وللمشترى الحق في تنفيذ العقد ما دام الفسخ لم يصدر به حكم ، فإذا كان المشترى قد أبدى استعداده لذلك بالجلسة الابتدائية وعرض القسط المستحق من الثمن على البائع عرضاً حقيقياً فلا يكون ثمة موجب يقتضي فسخ العقد (استئناف مصر ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٤٢ المجموعة الرسمية ٤٣ رقم ١٦٥) .

(1) من المقرر أن للمشترى أن يتوقى الفسخ بالوفاء بباقي الثمن قبل صدور الحكم النهائي بفسخ عقده م لم يكن هذا الوفاء اللاحق مما يضار به البائع .
(جلسة ١٩٨٥/٢/٢٩ الطعن ١٦٧٤ لسنة ٥٤ ق س ٣٦ ص ٣٣٠)
(جلسة ١٩٨١/٦/٢ الطعن ٤٠٣ لسنة ٤٨ ق)
(جلسة ١٩٧٨/١٢/٢٧ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٩ ص ٢٠٤٠)
(جلسة ١٩٨٤/٥/٢٩ الطعن ١٣٧٩ لسنة ٥٠ ق)

مقتض، وبخاصة إذا كان البائع قد أعذره قبل رفع الدعوى [1].

والقاضي أخيراً سلطة تقديرية في إجابة البائع إلى طلب الفسخ كما سبق القول [1]. فقد يقضي بالفسخ إذا كانت الظروف تبرر ذلك ، وبوجه خاص إذا رأى البائع مهدداً أن يضيع عليه المبيع والثمن ، كما إذا كان المبيع داراً تسلمها المشترى وأخذ في هدمها، أو كان المبيع منقولا وخشي أن يبيعه المشترى لمشتر ثان حسن النية فيمتلكه بالحيازة . وقد يرى القاضي ألا مبرر لفسخ البيع ، لا سيما إذا كان المشترى قد دفع أكثر الثمن ولم يبق إلا القليل، أو كان المشترى في ظروف سيئة منعته من دفع الثمن ولكن يتوقع تحسن هذه الظروف سريعاً فيفي بالتزامه [٢] . ففي مثل هذه الأحوال يرفض القاضي طلب الفسخ، ويمنح المشترى مهلة لدفع الثمن أو الباقي منه [٣] . وهذه المهلة يقدر القاضي مدتها بحسب

(١) ويجوز لدائني المدين ولمن كسب من المشترى حقاً عينياً على المبيع أن يستعملوا حق المشترى فيدفعوا الثمن ليتوقوا فسخ البيع (بودرى وسينيا فقرة ٥٥٠).

(٢) وقد قضت محكمة مصر الكلية بأنه ينبغي في حالة الفسخ القضائي التفرقة بين ما إذا كان إخلال أحد الطرفين بالتزاماته التعاقدية مرده إلى الامتناع عن الوفاء بالتزام أصلي أو الامتناع عن الوفاء بالتزام تبعي، ومن المسلم به أن عدم تنفيذ الالتزامات التبعية لا يؤدى إلى فسخ العقد (مصر الكلية ٢٦ يونيه سنة ١٩٥٤ المحاماة ٣٥ رقم ٣٨ ص ١٥٢).

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأن إعطاء المشترى المتأخر في دفع الثمن ميعاداً للوفاء بدلا من الحكم بالفسخ إعمالا للمادة ٣٣٣ مدنى (سابق) من الرخص التي أطلق الشارع فيها لقاضي الموضوع الخيار في الأخذ بأحد وجهي الحكم في القانون حسبما يراه هو في ظروف كل دعوى بغير معقب عليه. فلا يقبل النعي على الحكم بقصور أسبابه عن بيان الاعتبارات التي اعتمد عليها في منح المهلة للوفاء بمتأخر الثمن (نقض مدنى ٢٥ مايو سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٣٤ ص ٥٣٤ – وانظر أيضا ٢٣ مارس سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٩٤ ص ٣٧٣) . وفي بيع سيارة تأخرت البائعة عن نقل رخصة السيارة إلى المشترى ، فلم تقض المحكمة بالفسخ لأن نقل الرخصة ليس بالتزام جوهري (نقض مدنى ١٠ أبريل سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٣٢ ص ٩١٠) . وفي قضية أجلت المحكمة النظر في القضية بقرار واعتبرت أن هذه مهلة للمشترى ، ولما لم يدفع حتى انقضى ميعاد التأجيل قضت بالفسخ ، فأقرت محكمة النقض هذا الحكم (نقض مدنى ٢٣ مايو سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٥٤ ص ٥١٠) . وانظر أيضا في أن الحكم بالفسخ غير واجب وأن على محكمة الموضوع أن تبين الاعتبارات التي دعتها للقضاء بالفسخ مع أن المشترى عرض الثمن قبل الحكم : نقض مدنى ١٤ مايو سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٦٠ ص ١٠٢٤ – ٤ أبريل سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٣٤ ص ٣٥٣).

(1) لما كان البين من مدونات الحكم المطعون فيه أنه أقام قضاءه بفسخ العقد بالنسبة لحصة الطاعن على سند مما استخلصه سائغا من أنه قصر في تنفيذ التزامه بسداد الباقي من ثمن حصته في العقار المبيع، وهو ما تتوافر به شروط الفسخ القضائي المنصوص عليه بالمادة ١٥٧ من القانون المدني ، وكان هذا الذي أورده الحكم وانتهى إليه من تحقق شروط الفسخ القضائي في حق الطاعن لعدم وفائه للمستحق عليه من ثمن حصته في العقار المبيع .

(جلسة ١٩٨٣/٥/٢٤ الطعون ٩٢٣، ١٠٤٩ ، ١٠٨٠ لسنة ٥١ ق س ٣٤ ص ١٢٩٢)

الظروف ، وهي نظرة الميسرة (délai de grâce) المنصوص عليها في المادة ٢/٣٤٦ مدني على الوجه الآتي : «على أنه يجوز للقاضي في حالات استثنائية ، إذا لم يمنعه نص في القانون ، أن ينظر المدين إلى أجل معقول أو آجال ينفذ فيها التزامه ، إذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم» . وقد كانت المادة ٦١٠ من المشروع التمهيدي التي حذفت اكتفاء بالقواعد العامة تنص على أمرين : (١) أن المشترى يدفع، في المهلة التي أنظر إليها ، الفوائد القانونية إذا كان لم يتفق على فوائد أخرى . وبعد حذف هذا النص يمكن القول بأن الفوائد الاتفاقية تسري ، أما إذا لم يكن متفقاً على فوائد فيتعذر القول بأن الفوائد القانونية تسري إلا تطبيقاً للقواعد العامة ، فاذا طلب البائع في صحيفة دعوى الفسخ هذه الفوائد كطلب احتياطي في حالة رفض الفسخ كان له الحق فيها . (٢) إذا أمهل المشترى مدة ولم يدفع الثمن أثناء المهلة ، لم يجز إمهاله مدة أخرى بل يتعين الحكم بفسخ البيع . وبعد حذف النص لا يبقى أمامنا إلا تطبيق المادة ٢/١٥٧ مدني فيما يتعلق بدعوى الفسخ وهذه تقضي بجواز أن يمنح القاضي المشترى أجلا إذا اقتضته الظروف ذلك، وتطبيق المادة ٢/٣٤٦ مدنى وهذه تقضي بجواز أن يمنح القاضي المشترى أجلا معقولا أو آجالا ينفذ فيها التزامه بدفع الثمن . ومن ثم وجب القول إنه إذا أعطى القاضي أجلا للمشترى في دعوى الفسخ ، وجب على المشترى دفع الثمن في غضون هذا الأجل، وليس للقاضي أن يمنح المشترى أجلا آخر ويعتبر البيع مفسوخاً بعد انقضاء الأجل الممنوح دون أن يفي المشترى بالثمن [1] . وهذا بخلاف الأجل الذي يمنحه القاضي في دعوى التنفيذ، فانه يجوز أن يتكرر طبقاً للمادة ٢/٣٤٦ مدني ، كما يجوز إعطاء أجل آخر في دعوى الفسخ إذا كان الأجل الأول أعطى في دعوى التنفيذ [1] .

وليس لدعوى الفسخ مدة خاصة تتقادم بها ، فتتقادم إذن بخمس عشرة سنة من وقت

(١) الوسيط جزء أول فقرة ٤٧٥ ص ٧٠٧ وهامش رقم ٣ .

(1) يلاحظ ما قضت به محكمة النقض : الفسخ إذا لم يشترط بنص في العقد فأنه يكون – وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض – طبقا لنص المادة ١٥٧ من القانون المدني خاضعا لتقدير قاضي الموضوع، يحكم بالفسخ أو يمنح المدين أجلا لتنفيذ التزامه ، وأن كان الوفاء في غضون هذا الأجل مانعا من جواز الحكم بالفسخ ، فإن انقضاء الأجل دون وفاء كامل لا يوجب الحكم بالفسخ حتما، إذ لا ينطوى منح الأجل في ذاته على حكم الشرط الفاسخ الذي بموجبه يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه وانما تبقى سلطة قاضي الموضوع التقديرية فيظل العقد قائما يكون الوفاء بالالتزام بلا يزال ممكنا بعد انقضاء الأجل حتى صدور الحكم النهائي ويكون لقاضي الموضوع تقدير ظروف التأخير في الوفاء ليقضي بالفسخ أو برفضه .

(جلسة ١٩٨١/٦/٢ الطعن ٤٠٣ لسنة ٤٨ ق)

(جلسة ١٩٧٢/١٠/٢٦ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٣ ص ١٢٢٠)

ثبوت الحق في الفسخ ويكون ذلك عادة عند الإعذار (١)(1) .

وتسقط دعوى الفسخ أيضاً بالنزول عنها صراحة أو ضمناً كما إذا وافق البائع على تصرف المشترى في المبيع ، وبتغير ذاتية المبيع كما إذا كان غزلا فنسج (٢).

ودعوى الفسخ دعوى مختلطة إذا كان المبيع لا يزال في يد المشترى ، فإن كان عقاراً أمكن رفع الدعوى أمام محكمة العقار . وهي دعوى شخصية محضة إذا خرج المبيع من يد المشترى ، فيجب رفع الدعوى في هذه الحالة أمام محكمة موطن المشترى (٣)(2) .

٤١٠ – الآثار التي تترتب على فسخ البيع : يترتب على فسخ البيع على النحو الذي قدمناه ما يترتب على فسخ أي عقد آخر ، وتقرر المادة ١٦٠ مدنى القاعدة العامة في هذا الصدد فتقول : «إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد ، فإذا

(١) الوسيط جزء أول فقرة ٤٧٦ – استئناف وطنى ١٧ يونيه سنة ١٨٩٠ الحقوق ٥ ص ٢٠٠ .

(٢) وتسقط كذلك بنزع ملكية العقار المبيع للمنفعة العامة (م ٢٩ من قانون نزع الملكية ، وينتقل حق البائع من العقار إلى التعويض المدفوع لنزع الملكية) ، وبنزع ملكية العقار بواسطة دائني المشترى إذا لم يدون البائع ما يفيد رفع دعوى الفسخ في قائمة شروط البيع قبل الجلسة المحددة للنظر في الاعتراضات بثلاثة إيام على الأقل (م ٤٢٢ مرافعات) ، وبتسليم البضاعة إلى مخازن المشترى المفلس (م ٣٤[illegible] تجارى) ، وبعدم قيد البائع لامتيازه حتى يوم صدور الحكم بافلاس المشترى إذ سقوط حق الامتياز يستتبع سقوط حق الفسخ (الأستاذان أحمد نجيب الهلالي وحامد زكى فقرة ٤٥٨ فقرة ٤٦٥ – الأستاذ أنور سلطان فقرة ٣٠٩).

(٣) بودرى وسينيا فقرة ٥٦٣ . ولكن دعوى البائع على المشترى بدفع الثمن هي دعوى شخصية محضة (استئناف مختلط ١٩ مايو سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ٢٨٠) . وإذا حل المشترى من المشترى محل المشترى في التزاماته نحو البائع ، جاز للبائع دعوى الفسخ على المشترى من المشترى في موطنه دون حاجة إلى إدخال المشترى الأصلي في الدعوى (استئناف مختلط ٢٤ مارس سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ٢١٦).

(1) دعوى الفسخ لا تخضع للتقادم الثلاثي المنصوص عليه في المادة ١٨٧ من القانون المدنى ولا تتقادم إلا بخمس عشرة سنة ، وطالما يكون للدائن (المشترى) أن يرفع هذه الدعوى ، فإنه يكون له إن يطالب بالآثار المترتبة على الفسخ ومنها رد الثمن .

(جلسة ١٩٧٧/١/١١ الطعن ٢٥٦ لسنة ٤٣ ق س ٢٨ ص ٢١١)

(2) يترتب على انفساخ عقد البيع أن يعاد العاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد فيرد المشترى المبيع وثماره إذا كان قد تسلمه ويرد البائع الثمن وفوائده ، اذ أن استحقاق البائع لثمار المبيع يقابله استحقاق المشترى لفوائد الثمن وتحصل المقاصة بينهما بقدر الأقل منها .

(جلسة ١٩٦٨/٢/٢٢ الطعن ٢١٧ لسنة ٣٤ ق السنة ١٩ ص ٣٤٥)

(جلسة ١٩٧٧/٤/٥ الطعن ١١٩ لسنة ٤٣ ق السنة ٢٨ ص ٩٠٩)

(جلسة ١٩٩٦/٣/٢٨ الطعن ١٠٣٨ لسنة ٥٥ ق)

استحال ذلك جاز الحكم بتعويض» . وهذا نص عام يبين ما يترتب على الفسخ من أثر، سواء كان فسخاً قضائياً أو فسخاً اتفاقياً أو انفساخاً بحكم القانون .

والحكم بفسخ البيع يجعله ينحل بأثر رجعي ، لا من وقت النطق بالحكم فحسب، بل من وقت نشوء العقد . وإذا كان هذا مفهوماً في الفسخ الاتفاقي والفسخ القانوني حيث يقتصر الحكم على تقرير أن العقد مفسوخ دون أن ينشئ الفسخ ، فانه أيضاً مفهوم في الفسخ القضائي ولو أن الحكم منشئ لا مقرر ، فلا يوجد ما يمنع من أن يكون الحكم منشئاً للفسخ ويكون له مع ذلك أثر رجعي ، فالحكم بالشفعة هو حكم منشئ وينقل ملكية العقار المشفوع فيه من وقت البيع لا من وقت النطق بالحكم (١) . وينحل البيع بأثر رجعي فيما بين المتبايعين وبالنسبة إلى الغير .

ويترتب على انحلال البيع بأثر رجعي فيما بين المتبايعين أن البيع يعتبر كأن لم يكن، ويعاد كل شئ إلى ما كان عليه قبل البيع . فاذا كان المشترى قد تسلم المبيع ، رده هو وثمراته (٢). وإذا كان البائع قد قبض جزءاً من الثمن أو أقساطاً من الإيراد المرتب مدى الحياة، رد ما قبضه مع فوائده القانونية من يوم القبض ويجوز للبائع أن يحبس ما قبضه حتى يسترد المبيع وثمراته (٣) ، كما يجوز للمشترى أن يحبس المبيع وثمراته حتى يسترد الجزء الذى دفعه من الثمن (٤)، وذلك كله طبقاً للقواعد المقررة في حق الحبس (٥) . وإذا بنى

(١) الوسيط جزء أول فقرة ٤٧٧ .

(٢) فلا يكون له حق في الثمار . قد قضت محكمة النقض بأنه وإن كان للمشترى حق حبس العين المحكوم بفسخ البيع فيها وذلك حتى يوفى الثمن السابق له دفعه تأسيساً على أن التزامه برد العين يقابله التزام البائع برد ما دفعه إليه من الثمن ، لكن ذلك لا يرتب عليه الحق في تملك المشترى ثمار المبيع بعد أن أصبحت من حق مالك العين بحكم الفسخ ، ولا محل للاحتجاج بقاعدة تملك الثمار بالحيازة فإن المشترى يعلم أن العين ليست له وإنما هو حابس لها (نقض مدنى ٤ يناير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٤٣ ص ٢٢٤).

(٣) استئناف مختلط ١٣ نوفمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٢٣.

(٤) استئناف مختلط ٤ مايو سنة ١٩١٦ م ١٨ ص ٢٩٦.

(٥) ولم يكن في التقنين المدنى السابق نص عام في الحبس ، ولكن القضاء كان يعطى المشترى حق حبس العين المبيعة حتى يسترد ما وفاه من الثمن إذا لم يكن قد ارتكب غشاً . وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه لم يرد في القانون نص عن جواز حبس العين المبيعة تحت يد المشترى إذا فسخ البيع إلى أن يرد البائع ما دفعه له من الثمن ، وإنما جاء النص بالمادة ٢٧٩ من القانون المدنى عن حق البائع في حبس المبيع تحت يده لحين استيلائه فوراً على المستحق من الثمن . على أنه إذا جاز القياس على هذا النص وعلى نصوص أخرى في القانون من اعتبار أى دائن ذا حق في حبس العين الناتج عنها الدين تحت يده لحين الحصول على دينه ، ومن ثم جاز هذا الحق للمشترى الذى فسخ البيع الصادر إليه حتى يستوفى ما دفعه ، إلا أنه يشترط في هذه الحالة وجوب توفر ركنين أساسيين : الأول أن يكون الدائن حائزاً فعلا الشئ الذى يطلب حبسه وأن تكون هناك علاقة سببية بين الدين والشئ المراد حبسه =

المشترى أو غرس في العين المبيعة ، اعتبر بانياً و غارساً بسوء نية ، لأن الفسخ ترتب بسبب آت من جهته ، وطبقت القواعد العامة المقررة في البناء أو الغراس فى أرض الغير (١). وكذلك الحال فى المصروفات الضرورية والنافعة والكمالية ، تطبق فيها القواعد المقررة في هذا الشأن مع اعتبار المشترى سيئ النية . وإذا هلك المبيع في يد المشترى قبل أن يرده ، فان كان الهلاك بخطأه حكم عليه بالتعويض ، وإن كان الهلاك بسبب أجنبى فللبائع إذا لم يكن قد صدر حكم بفسخ البيع أن يعدل عن طلب الفسخ إلى طلب التنفيذ فتكون تبعة هلاك المبيع على المشترى . أما إذا كان صدر حكم نهائى بفسخ البيع ثم هلك المبيع بسبب أجنبي في يد المشترى ، لم يكن المشترى مسئولا عن هلاك المبيع إلا بقدر ما عاد عليه من منفعته، كما إذا كان المبيع قد تلف فيرده المشترى في الصورة التى آل إليها(٢) . وإذا استبقى المشترى المبيع في يده بعد الحكم بالفسخ ولم يقبل رده فأصبح سيئ النية ، ثم هلك المبيع بسبب أجنبى ، وجب على المشترى أن يرد للبائع قيمة المبيع وقت الهلاك، إلا أن يثبت أن المبيع كان يهلك حتى لو كان قد رده إلى البائع وقت الفسخ (م ٩٨٤ مدنى)(٣). وللبائع إذا أجيب إلى فسخ البيع أن يطالب المشترى – فوق رد المبيع – بتعويض عما أصابه من الضرر بسبب تخلف المشترى عن القيام بالتزامه ، كأن تكون صفقة قد فاتت عليه بسبب البيع الذى فسخ ، ويبنى التعويض هنا على أساس المسئولية التقصيرية لأن البيع بعد أن فسخ لا يصلح أن يكون أساسا للتعويض (٤)(1) .

= أى أن يكون منشأ الدين وسببه العين التي للمدين تحت يد الدائن . والثانى أن يكون سبب تلك الحيازة وأساسها سلامة النية ، وعليه فإذا كان فسخ البيع ناتجاً عن أن الشراء قد حصل بغش وتدليس فلا تكون حيازة المشترى للعين المبيعة حينئذ بسلامة نية . وعليه فإذا كان فسخ البيع ناتجاً عن أن الشراء قد حصل بغش وتدليس فلا تكون حيازة المشترى للعين المبيعة حينئذ بسلامة نية وانتفى حق الحبس (استئناف وطنى ٧ ديسمبر سنة ١٩١٦ الحقوق ٢٣ ص ١٣٢) . أنظر أيضاً استئناف وطنى ٢٠ مارس سنة ١٩١٦ المجموعة الرسمية ١٧ رقم ٦٧ ص ١١٠) .

(١) استئناف مختلط ٥ ديسمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ٧٠ – بودرى وسينيا فقرة ٥٥٩ ص ٥٩٠ – بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٦٦ .

(٢) الوسيط جزء أول فقرة ٤٧٨ ص ٧١٠ .

(٣) الوسيط جزء أول ص ٧١٠ هامش رقم ٣.

(٤) نقض مدنى ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٤٨ ص ٤٤٢.

(1) من المقرر أن الشرط الجزائي التزام تابع للالتزام الأصلى اذ هو اتفاق على جزاء الاخلال بهذا الالتزام الاصلى بفسخ العقد سقط معه الشرط الجزائى ولا يتقيد بالتعويض المقدر بمقتضاه فان استحق تعويض للدائن تولى القاضى تقديره وفقا للقواعد العامة التى تجعل عبء اثبات الضرر وتحققه ومقداره على عاتق الدائن .

(جلسة ١٩٧٨/٤/١٨ مجموعة آحكام النقض السنة ٢٩ ص ١٠٢٠)

ويترتب على انحلال البيع بأثر رجعى بالنسبة إلى الغير أنه إذا كان قد ترتب للغير حق على المبيع من جهة المشترى ، فإن هذا الحق يزول هو أيضاً بأثر رجعى تبعاً لزوال حق المشترى. ولكن يجب هنا التمييز بين المنقول والعقار . ففى المنقول تعترض هذا الحكم عادة عقبة ترجع إلى القاعدة التى تقضي بأن الحيازة في المنقول سند الملكية . فاذا كان المبيع منقولا ، وباعه المشترى إلى مشتر ثان وسلمه إياه ، ثم فسخ البائع البيع ، لم يستطع أن يسترد المبيع من تحت يد المشترى الثانى إذا كان حسن النية ، لأن هذا يكون قد ملكه بالحيازة ، فيرجع البائع على المشترى بالتعويض . أما إذا كان المشترى الثانى لم يتسلم المبيع أو كان سيئ النية يعرف سبب الفسخ ، فانه لا يتملك المبيع بالحيازة ، بل يرده إلى البائع ويرجع على المشترى بالضمان . وإذا كان المبيع أثاث منزل وضعه المشترى في عقار استأجره فثبت عليه امتياز المؤجر ، لم يستطع البائع استرداده بعد فسخ البيع إلا مثقلاً بهذا الامتياز . أما إذا كان المبيع عقاراً، فإن فسخ البيع لا يضر بالحقوق التى كسبها الغير على هذا العقار إلا إذا سجلت صحيفة دعوى الفسخ قبل تسجيل التصرف الذى أكسب الغير هذه الحقوق (انظر المادتين ١٥ و ١٧ من قانون الشهر العقارى) . فاذا باع المشترى العقار لمشتر ثان، وسجل هذا المشترى الثانى البيع الصادر له قبل تسجيل البائع صحيفة دعوى الفسخ ، فان الحكم بفسخ البيع لا يكون له أثر في حق المشترى الثانى إذا كان حسن النية . وإذا كانت صحيفة دعوى الفسخ قد سجلت قبل تسجيل البيع الثانى ، كان لفسخ البيع الأول أثر فى حق المشترى الثانى ولو كان حسن النية ، واستطاع البائع أن يسترد العقار من تحت يده. كذلك إذا رتب المشترى على العقار رهناً ، وكان الدائن المرتهن حسن النية في الوقت الذى أبرم فيه الرهن ، فان الرهن فى هذه الحالة لا يتأثر بفسخ البيع . وقد ورد فى هذه المسألة الأخيرة نص خاص ، إذ قضت المادة ١٠٣٤ مدنى بأنه «يبقى قائماً لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الذى تقرر إبطال سند ملكيته أو فسخه أو إلغاؤه أو زواله لأى سبب آخر ، إذا كان هذا الدائن حسن النية في الوقت الذى أبرم فيه الرهن» . ويمكن اعتبار هذا النص تطبيقاً للمادة ١٧ من قانون الشهر العقارى، فيفرض فرضاً غير قابل لإثبات العكس أن الدائن المرتهن سيئ النية إذا كان قد قيد رهنه بعد تسجيل صحيفة هذه الدعوى، وذلك للتوفيق ما بين النصين (١) .

(١) أنظر الوسيط جزء أول فقرة ٤٧٩ ص ٧١٣ – ويعتبر الإيجار الصادر من المشترى لمدة لا تزيد على ثلاث سنوات من أعمال الإدارة ، فيبقى قائماً بالرغم من فسخ البيع (أنظر م ٥٥٩ وم ٢/٧٠١ مدنى حيث يعتبر الإيجار لثلاث سنوات من أعمال الإدارة رغم تحقق الشرط الفاسخ – وانظر بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٧٠ – وقارن الأستاذ أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ٤٥٧) .

ب – الفسخ الاتفاقي

٤١١ – اتفاق المتبايعين على الفسخ : رأينا أن المادة ١٥٨ مدني تقضي بأنه «يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه ، وهذا الاتفاق لا يعفى من الإعذار إلا إذا اتفق المتعاقدان صراحة على الإعفاء منه» . وكان المشروع التمهيدي للتقنين المدني الجديد يشتمل على نص يطبق هذه القاعدة العامة في خصوص البيع ، فكانت المادة ٦١١ من هذا المشروع تنص على أنه «في بيع العقار ، إذا اشترط البائع أن يفسخ البيع من تلقاء نفسه عند عدم قيام المشترى بدفع الثمن في الميعاد المحدد ، كان للمشترى مع ذلك أن يدفع الثمن بعد انقضاء الميعاد ما دام لم يعذر ، إلا إذا نص العقد على أن الفسخ يقع دون إعذار ، وفي كل حال لا يجوز للقاضي أن يمنح المشترى أي أجل»[1] . وحذفت هذه المادة في لجنة المراجعة «لأنها مستفادة من القواعد العامة»[2] .

٤١٢ – التدرج في الاتفاق على الفسخ : ويتدرج في العمل الشرط الذي يرد في عقد البيع قاضياً بفسخه إذا لم يوف المشترى بالثمن (lex commissoria, pacte commissoire) . فأدنى مراتب هذا الشرط هو أن يشترط البائع على المشترى أن يكون البيع مفسوخاً إذا لم يوف المشترى بالثمن[1] . وقد يصل الشرط إلى مرتبة أقوى،

(١) وكان هذا النص يقابل في التقنين المدني السابق المادة ٤١٦/٣٣٤ ، وهي تنص على أنه «إذا اشترط فسخ البيع عند عدم دفع الثمن ، فليس للمحكمة في هذه الحالة أن تعطى ميعاداً للمشترى، بل ينفسخ البيع إذا لم يدفع المشترى الثمن بعد التنبيه عليه بذلك تنبيهاً رسمياً ، إلا إذا اشترط في العقد أن البيع يكون مفسوخاً بدون احتياج إلى التنبيه الرسمي» . ويقابل في التقنين المدني العراقي المادة ٥٨٢ ، وهي تنص على أنه «إذا اشترط البائع أن يفسخ البيع من تلقاء نفسه عند عدم قيام المشترى بدفع الثمن في الميعاد المحدد، كان للمشترى مع ذلك أن يدفع الثمن بعد انقضاء الميعاد ما لم يعذر ، إلا إذا نص في العقد أن الفسخ يقع دون إعذاره ، وفي كل حال لا يجوز للمحكمة أن تمنح المشترى أي أجل» . ويقابل في تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٤٦٨ ، وهي تنص على أنه «إذا أشترط فسخ البيع لعدم دفع الثمن، فالعقد يفسخ حتماً لمجرد عدم الدفع في الأجل المضروب» .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٤٧ – ص ١٤٩ في الهامش .

(1) من المقرر أن عقد البيع لا يعتبر مفسوخاً لأعمال للشرط الفاسخ الضمني بمجرد تخلف المشترى عن تنفيذ التزامه بالوفاء بالثمن ، بل يتعين لكي تقضي المحكمة باجابة البائع إلى طلب الفسخ أن يظل المشترى متخلفا عن الوفاء بالتزامه حتى صدور الحكم النهائي ، فإذا ما قام المشترى بتنفيذه قبل ذلك امتنع قانونا الحكم بالفسخ ولو كان هذا الوفاء بعد انقضاء الأجل المحدد في العقد، بل وبعد رفع دعوى الفسخ .

(جلسة ١٩٨٤/٥/٢٩ الطعن ١٣٧٩ لسنة ٥٠ ق)

(جلسة ١٩٧٣/١٠/٩ مجموعة احكام النقض السنة ٢٤ ص ٤٩)

(جلسة ١٩٧٠/١١/٢٦ مجموعة احكام النقض السنة ٢١ ص ١١٨١)

فيشترط البائع على المشترى أن يكون البيع مفسوخاً من تلقاء نفسه أو أن يكون البيع مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم . ثم قد يصل الشرط إلى أعلى مرتبة من القوة فيشترط البائع أن يكون البيع مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم أو إعذار، أو أن يكون البيع مفسوخ من تلقاء نفسه دون حاجة إلى إعذار، فنستعرض هذه المراتب المتفاوتة في خصوص عقد البيع[١] ، كما استعرضنا في العقد بوجه عام في الجزء الأول من الوسيط[٢] .

٤١٣ – الاتفاق على أن يكون البيع مفسوخاً : يغلب أن يكون المتبايعان قد أراد بهذا الشرط أن يرددا في ألفاظ صريحة القاعدة التي سبق أن بسطناها فيما يتعلق بالفسخ القضائي . ومن ثم لا يغني هذا الشرط عن إعذار البائع للمشترى ، ولا من الالتجاء إلى القضاء للحصول على حكم بفسخ البيع ، ويكون هذا الحكم منشئاً لا كاشفاً ، ولا يسلب القاضي سلطته التقديرية فيجوز بالرغم من وجود هذا الشرط أن يمنح المشترى أجلا لدفع الثمن ويرفض طلب الفسخ[٣] . بل إن هذا الشرط لا يمنع المشترى من توقي الحكم بالفسخ، بأن يدفع الثمن قبل أن يصدر الحكم النهائي بالفسخ . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا تعهد المشترى بأداء باقي الثمن في ميعاد عينه ، فان لم يؤده في هذا الميعاد كان للبائع الحق في فسخ البيع ولو كان قد سجل ، فهذا ليس إلا ترديداً لقاعدة الفسخ القضائي[٤] .

(١) وترد هذه الشروط في بيع المنقول كما ترد في بيع العقار ، ومن ثم يكون الحكم الوارد في المادة ٦١١ من المشروع التمهيدي التي حذفت في لجنة المراجعة ، وكانت مقصورة على بيع العقار، ينطبق أيضاً على بيع المنقول . وقد خص بيع العقار بالذكر في هذا النص لأنه هو الذي يرد بشأنه في الغالب هذه الاتفقات المتدرجة ، أما بيع المنقول فيتميز بحكم خاص به ورد في المادة ٤٦١ مدني وسيأتي بيانها. فاذا خرجنا عن نطاق هذه الحالة التي عرضت لها المادة ٤٨١ مدني في بيع المنقول ، كان حكم بيع المنقول هو حكم بيع العقار في شأن هذه الاتفاقات وتدريجها (بودرى وسينيا فقرة ٥٥٤) .

(٢) الوسيط جزء أول فقرة ٤٨٢ – فقرة ٤٨٥) .

(٣) استئناف مختلط ١٥ يونيه سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٣٧٢.

(٤) نقض مدني ١٧ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٥ ص ٥٨ – وقضت أيضاً بأن النص في العقد على أنه في حالة تأخير سداد القسط الأول يحق للبائع فسخ العقد ويكون ما دفعه المشترى حقاً مكتسباً للبائع المذكور ، ذلك ليس إلا ترديداً للشرط الفاسخ الضمني المقرر بحكم القانون في العقود الملزمة للجانبين (نقض مدنى ٢٣ مارس سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٩٤ ص ٣٧٣). وقضت كذلك بأنه لا يكون الشرط الفاسخ مقتضياً الفسخ حتماً إلا إذا كانت صيغته صريحة دالة على وجوب الفسخ حتما عند تحققه بغير حاجة إلى تنبيه أو إنذار . أما الشرط الضمني الفاسخ pacte commissoire tacite فلا يلزم القاضي به ، بل هو يخضع لتقديره . فللقاضي ألا يحكم بالفسخ وأن يمكن الملتزم من الوفاء بما تعهد به حتى بعد رفع الدعوى عليه بطلب الفسخ . فاذانص في عقد البيع على أنه إذا ظهر على العين المبيعة دعوى مسجلة خلاف ما ذكر بالعقد ، فإن البائع يلتزم بتعويض قدره كذا كما يجوز للمشترى أن يفسخ التعاقد بمجرد إنذار البائع ، فهذا الشرط ليس إلا ترديداً لما =

على أنه قد يتضح من الظروف أن المتبايعين أرادا بهذا الشرط أن يحتما فسخ البيع، فيبقى وجوب الإعذار ووجوب الالتجاء إلى القضاء ، ولكن لا يملك القاضى فى هذه الحالة أعطاء مهلة للمشترى لدفع الثمن ، ويتعين عليه الحكم بفسخ البيع وحكمه يكون منشئاً لا كاشفاً .

٤٩٤ - الاتفاق على أن يكون البيع مفسوخا من تلقاء نفسه أو مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم : الشرط على هذا النحو لا يعفى من الإعذار . فاذا لم يعذر البائع المشترى أن يدفع الثمن ، ورفع دعوى الفسخ ، جاز للمشترى أن يتوقى الفسخ بدفع الثمن فى بداية الدعوى دون إبطاء . فاذا أبطأ فى ذلك ، اعتبر رفع الدعوى بمثابة إعذار، وفسر الشرط فى الغالب على أنه يسلب القاضى سلطته التقديرية فلا يستطيع إعطاء أجل المشترى لدفع الثمن ، ويتعين عليه الحكم بفسخ البيع [١] . ولا تعارض بين الإعذار الواجب وطلب الفسخ ، فان إعذار البائع المشترى أن يدفع الثمن لا يكون نزولا منه عن المطالبة بفسخ البيع ، بل هو شرط واجب لرفع الدعوى بالفسخ . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا اشترط فسخ البيع من تلقاء نفسه عند عدم دفع الثمن ، كان على القاضى إيقاع الفسخ على المشترى إذا لم يدفع الثمن بعد إعذاره ، ما لم يعف البائع بمقتضى العقد من هذا الإعذار، ومفهوم هذا بلا شبهة أن البائع يجب عليه إذا اختار الفسخ أن يعذر المشترى بانذاره أى تكليفه بالوفاء فإذا لم يدفع كان البائع فى حل من إعمال خياره فى الفسخ . وإذن فباطل زعم المشترى أن الأنذار الموجه إليه من البائع بوفاء التزاماته فى مدى أسبوع وإلا عد العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه يجب اعتباره تنازلا من البائع عن خيار الفسخ ، فان هذا الإنذار واجب قانوناً لاستعمال الشرط الفاسخ الصريح (٢) .

= قرره فقه القانون من أن عدم قيام أحد طرفى العقد المتقابل الالتزام بما التزم به يسمح للطرف الآخر بطلب فسخ العقد ، فهو شرط ضمنى فاسخ للقاضى أن يهدره إذا استبان له من ظروف الدعوى وخصوصياتها أنه لا مبرر له . ومتى أثبت القاضى فى حكمه الاعتبارات المقبولة التى استند إليها فى ذلك ، فلا تثريب عليه (نقض مدنى ٢ أبريل سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٤٣ ص ١٠٨٦). أنظر أيضا : نقض مدنى ٨ ديسمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٨١ ص ١٥٢ - ٢ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٦٨ ص ١٥٥ - أول مايو سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٤٦ ص ٩٨٨ - ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٢٠٦ ص ١٥١٠ - ١٣ ديسمبر سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ١٣٩ ص ٩٧٥ - استئناف مصر ١٢ فبراير سنة ١٩٢٨ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ١/١٢٦ ص ٢٩٧ .

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٥٤ - ص ١٥٥.

(٢) نقض مدنى ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٥٦ ص ٦٨٨ - بل إن هذا الإعذار لا يعدو أن يكون تسجيلا لتأخر المشترى فى دفع الثمن وإظهاراً لاختيار البائع فسخ البيع دون التنفيذ إذ هو بالخيار بين الأمرين ، ومن ثم ليس من الضرورى أن يحدد البائع فى هذا الإعذار أجلا للوفاء بالثمن، ولكن من جهة أخرى يستطيع المشترى بمجرد وصول الأنذار إليه أن يبادر إلى دفع الثمن فيمتنع =

فالثابت إذن أن هذا الشرط لا يعفى من الإعذار [١] . وهو أيضاً لا يعفى من رفع الدعوى بالفسخ إذا نازع المشترى فى إعمال الشرط. ولا يمنع وجود هذا الشرط البائع من مطالبة المشترى بتنفيذ البيع ودفع الثمن بدلا من المطالبة بفسخ البيع [1] ، فان فسخ البيع لا يقع من تلقاء نفسه إلا إذا أراد البائع ذلك ، ويبقى هذا بالخيار بين الفسخ والتنفيذ .

ولكن إذا اقتصر البائع على اشتراط أن يكون البيع مفسوخاً من تلقاء نفسه ، فان الحكم بالفسخ يكون منشئاً لا كاشفاً . أما إذا أضاف إلى هذا الشرط أن يكون الفسخ دون حاجة إلى حكم ، أو اشتراط أن يكون البيع مفسوخاً دون حاجة إلى حكم ، فان الحكم بالفسخ يكون كاشفاً لا منشئاً [2] . ولا يوجد فرق عملى بين الحالتين ، فسواء كان الحكم

= الفسخ (بودرى وسينيا فقرة ٥٥٢) . وفى العمل يحدد البائع للمشترى عادة أجلا قصيراً لدفع الثمن ، ويذكر أنه إذا انقضى الأجل دون أن يدفع المشترى الثمن فقد أصبح البيع مفسوخاً من تلقاء نفسه (بودرى وسينيا فقرة ٥٥٢ ص ٥٨٤ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٦٥ ص ١٨٨ - ص ١٨٩).

(١) استئناف مختلط ٢٧ يناير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ١٨٩ .

(1) أ - ان كان تحقق الشرط الصريح الفاسخ من شأنه انفساخ العقد المتضمن له إلا أن أعمال هذا الأثر يتوقف على طلب من تقرر هذا الشرط لمصلحته الذى له أن يتنازل عنه صراحة أو ضمناً ولو بعد تحققه ، وكان قبض البائع - دون تحفظ - لباقى الثمن بعد الموعد المحدد له للوفاء به يعد منه تنازلا عن الشرط الصريح الفاسخ المتفق على تحققه بمجرد عدم الوفاء بباقى الثمن فى هذا الموعد .
(جلسة ١٩٩٩/٧/٥ الطعن ٤٦٠٩ لسنة ٦١ ق)
(جلسة ١٩٩٨/٦/٢٧ الطعن ٣٧٤ لسنة ٦٦ق)
(جلسة ١٩٩٤/٦/٢٢ مجموعة المكتب الفنى السنة ٤٥ ج ٢ ص ١٠٩٢)
(جلسة ١٩٨٥/١٠/١٧ الطعن ٤٠٥ لسنة ٥٤ ق)
(جلسة ١٩٧٨/٤/١٩ مجموعة المكتب الفنى السنة ٢٩ ج ٢ ص ١٠٢٨)

ب - سلب القاضى كل سلطة تقديرية عند الاتفاق على الشرط الفاسخ الصريح . مناطه . الفسخ للتأخير فى سداد قسط من الثمن فى الموعد المحدد له . وجوب التحقق من قيام هذا الشرط والتثبت من اتفاق المتعاقدين على قيمة كل قسط وما على أجل سداده .
(جلسة ١٩٩٩/٥/٢٣ الطعن ٤٧٩١ لسنة ٦٧ ق)

(2) يلزم فى الشرط الفاسخ الصريح الذى يسلب المحكمة كل سلطة فى تقدير اسباب الفسخ أن تكون صيغته قاطعة فى الدلالة على وقوع الفسخ حتما ومن تلقاء نفسه بمجرد حصول المخالفة الموجب له ، ولا يشترط القانون ألفاظ معينة للشرط الفاسخ الصريح وعلى ذلك فان النص فى الاتفاق على ترتيب آثار الفسخ بغير حاجة إلى تنبيه أو إنذار بمجرد حصول المخالفة لشروط العقد يقوم مقام النص على الفسخ بلفظه .
(جلسة ١٩٦٥/١٠/٢٨ مجموعة أحكام النقض السنة ١٦ ص ٩٤٣)
(جلسة ١٩٦٧/٣/٢٠ مجموعة أحكام النقض السنة ١٨ ص ٨٥٩)
(جلسة ١٩٧٣/١/٩ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٤ ص ٤٩)
(جلسة ١٩٧٨/٢/١٨ الطعن ٦٥٦ لسنة ٤٣ ق)

منشئاً للفسخ أو كاشفاً عنه ، فقد قدمنا أن الفسخ يكون له أثر رجعي ويعتبر البيع كأن لم يكن .

٤١٥ – الاتفاق على أن يكون البيع مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم أو اعذار ، أو مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلى اعذار : والشرط على هذا النحو قد وصل إلى أعلى مراتب القوة [١] . فاذا لم يف المشترى بالثمن في الميعاد، اعتبر العقد مفسوخاً دون حاجة إلى إعذار [٢] . فاذا نازع المشترى في إعمال الشرط ، لم يجد البائع بداً من رفع دعوى بالفسخ ، ولكن لا يملك المشترى في هذه الحالة أن يتفادى الحكم بالفسخ بدفع الثمن [٣] ، ولا يملك القاضى أن يمنح المشترى أجلا لدفع الثمن [1] ، ويكون الحكم الصادر بفسخ البيع كاشفاً عن الفسخ لا منشأ له [٤] .

---

(١) وليس من الضرورى أن يوضع الشرط بصيغة معينة ، بل إن أية صيغة تدل على المعنى تكفي. من ذلك ما قضت به محكمة النقض من أن القانون لم يشترط ألفاظاً معينة للشرط الفاسخ الصريح ، وعلى ذلك فإذا أثبت الحكم أن طرفى عقد البيع قد اتفقا في العقد على أن يودع العقد لدى أمين حتى يوفي المشترى الثمن فى الميعاد المتفق عليه ، ونصا على أنه عند إخلال المشترى بشروط العقد يصرح الطرفان للمودع لديه بإعدام هذا العقد ، ثم قرر الحكم أن المستفاد من ذلك أن نية المتعاقدين اتجهت عند تحرير هذا العقد إلى الشرط الفاسخ الصريح ، أى اعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه عند الأخلال بشروطه، فإنه لا يكون قد فسخ مدلول نص العقد ، لأن عبارته تحتمل ما استخلصه الحكم منها (نقض مدنى ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٥٦ ص ٦٨٨) .

(٢) استئناف مختلط ١١ فبراير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٦٣ - ٣ أبريل سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٣٣٤ - ٢ مايو سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٤٢٠ – ١٨ ديسمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ٨٦ – أول مارس سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٥٠ – بل ويجوز طرد المشترى من العين المبيعة أو نزعها منها بحكم من قاضى الأمور المستعجلة (استئناف وطنى ١٤ يونيه سنة ١٩٠٦ الحقوق ٢١ ص ٣٠٩ – ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٢٣ المحاماة ٤ رقم ١/٢٧٠ ص ٣٢٩ – استئناف مختلط ٧ ديسمبر سنة ١٩٣٨ م ٥١ ص ٣٧).

(٣) استئناف مصر ٣١ أكتوبر سنة ١٩٤٥ المجموعة الرسمية ٤٧ رقم ٤٠ – ١٢ يناير سنة ١٩٤٦ المحاماة ٣٠ رقم ١٥٦ ص ١٦٣ .

(٤) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٥٥ – بل يكفى أن يدفع البائع في دعوى مرفوعة بفسخ البيع . وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان الطرفان قد اتفقا فى عقد البيع على أن يقع الفسخ فى حالة تأخر المشترى من دفع باقى الثمن في الميعاد المتفق عليه بدون حاجة إلى تنبيه رسمى أو غير رسمى ، فإن العقد ينفسخ بمجرد التأخير ، ولا يلزم إذن أن يصدر بالفسخ حكم مستقل بناء على دعوى من البائع ، بل يجوز للمحكمة أن تقرر أن الفسخ حصل بالفعل بناء على دفع البائع أثناء نظر الدعوى المرفوعة من المشترى . ومتى وقع الفسخ بمقتضى شرط العقد فإن إيداع الثمن ليس من شأنه أن يعيد العقد بعد انفساخه .

(نقض مدنى ١٣ مايو سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر٤ رقم ٦٠ ص ١٥٧)

(1)أ– لا يحول دون استعمال المشترى لحقه في حبس الثمن. تضمين العقد الشرط الفاسخ جزاء عدم وفاء المشترى بالثمن فى الميعاد المتفق عليه ذلك أن هذا الشرط لا يتحقق إلا إذا كان التخلف عن الوفاء

ولكن يجب أن يكون الاتفاق على الإعفاء من شرط الإعذار صريحاً كما يقضى نص المادة ١٥٨ مدني المتقدم الذكر ، فلا يجوز أن يستخلص ضمناً من عبارات العقد . وتكون للمحكمة الرقابة التامة للتحقق من انطباق شرط الفسخ ووجوب إعماله [١] .

ويلاحظ هنا إيضاً أن هذا الشرط لا يمنع البائع من المطالبة بتنفيذ البيع دون فسخه [٢] ، وإلا كان تحت رحمة المشترى إذا شاء هذا جعل البيع مفسوخاً بامتناعه عن دفع الثمن . ويترتب على ذلك أن البيع لا يعتبر مفسوخاً إلا إذا أظهر البائع رغبته في ذلك ، إما برفع دعوى الفسخ ، وإما بمجرد إخطار المشترى بأن العقد قد أصبح مفسوخا [٣] ، ولا يقبل من

= بغيرحق، فان كان من حق المشترى قانونا أن يحبس الثمن عن البائع فلا عمل للشرط الفاسخ ولو كان صريحاً. قيام حق المشترى في حبس لادانة البائع جنائيا لبنائه العين المبيعة بدون ترخيص من الازالة.
جلسة ١٩٩٧/٣/٢٠ الطعن ١٠٧١ لسنة ٦٦ ق
جلسة ١٩٩٩/٣/٢٠ الطعن ١٢٣١ لسنة ٥٨ ق س ٤١ ص ٧٩٩
جلسة ١٩٨٢/١١/١٨ الطعن ٧٠٩ لسنة ٤٨ س ٣٣ ص ٩٣٤.

ب– ان كان الاتفاق على أن يكون عقد البيع مفسوخا من تلقاء نفسه دون تنبيه أو أنذار عند تخلف المشترى عن سداد اى قسط من أقساط باقى الثمن في ميعاده من شأنه أن يسلب القاضي كل سلطة تقديرية في صدد الفسخ ، إلا أن ذلك منوط بتحقق المحكمة من توافر شروط الفسخ الاتفاقي . ذلك أن للقاضي الرقابة التامة للتثبت من انطباق الشرط على عبارة العقد كما له عند التحقق من قيامه مراقبة الظروف الخارجة التي تحول دون اعماله .
(جلسة ١٩٧٥/٤/٩ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٦ ص ٧٨٧)
(جلسة ١٩٧٨/٢/١٨ الطعن ٦٥٦ لسنة ٤٣ ق)
(جلسة ١٩٧٩/٥/١٧ الطعن ٧٩ لسنة ٤٣ ق)
(جلسة ١٩٨٥/١٠/١٧ الطعن ٤٠٥ لسنة ٥٤ ق)
(جلسة ١٩٨٦/١/٩ الطعن ١٥٠٢ لسنة ٥٢ ق)

(١) وقد استعملت محكمة الاستئناف المختلطة حق الرقابة هذا فى قضية أشترط فيها الدائن أنه إذا امتنع المصرف من صرف الشيك المحول إليه كان العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون إنذار . فامتنع المصرف من صرف الشيك لبعض إجراءات شكلية ، وقد ثبت أن مقابل الوفاء موجود فى المصرف وأن المدين عرض على الدائن أن يدفع له قيمة الشيك أو أن يعطيه شيكاً آخر ، فرفض الدائن وأبى إلا اعتبار العقد مفسوخاً . وقد قضت المحكمة بأن الدائن متعنت ، وأن العقد لم يفسخ بل لا يزال قائماً (استئناف مختلط ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ ص ٩٤) . وفي قضية ثانية اتفق الطرفان على مد الأجل بطريقة من شأنها أن تجعل الالتزام يتجدد ، فقضت المحكمة بأن هذا التجديد يبطل أثر شرط الفسخ الذى كان موجوداً في العقد الأول ، ولا يجوز للدائن أن يتمسك به بعد أن تم التجديد (استئناف مختلط ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٠٢ م ٥١ ص ١١) . وفي قضية ثالثة قضت المحكمة بأنه إذا اشترط سقوط الأجل دون حاجة إلى حكم أو إنذار عند تأخر المدين فى دفع قسط ، وتقبل الدائن مع ذلك قبض أقساط تأخر فيها المدين عن الميعاد ، ثم تمسك فجأة بحقه في الفسخ عند ما تأخر المدين عن ميعاد دفع قسط ، فإن تساهله السابق يحمل على أنه غير متمسك بالشرط ، ولا يجوز له اعتبار العقد مفسوخاً (استئناف مختلط ٢٨ مايو سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٢١١) . أنظر الوسيط جزء أول ص ٧١٩ هامش ١ .

(٢) استئناف مختلط ١٢ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ١٠٠ .

(٣) على أنه إذا كان الوفاء بالثمن فى موطن البائع ، وجب على البائع أن يذهب بنفسه أو بوكيله إلى مكان الوفاء ليتثبت من أن المشترى لم يذهب إلى هناك لدفع الثمن ، أو وجب إنذار المشترى فيعود إلى الإعذار الذى كان قد أعفي نفسه منه . فلا يبقى إذن إلا أن يشترط البائع أيضاً أن يكون الوفاء في موطنه هو (بودرى وسينيا فقرة ٥٥٣ – بلانيول وريبير وهامل ١٠ ص ١٩٠ هامش ٣) .

المشترى التمسك بفسخ البيع إذا كان البائع لم يتمسك بالفسخ [1].

٤١٦ – حكم خاص ببيع المنقول – نص قانونى : وقد ورد فى هذا الصدد نص فى بيع المنقول يورد حكماً خاصاً بهذا البيع دون بيع العقار . فنصت المادة ٤٦١ من التقنين المدنى على أنه «فى بيع العروض وغيرها من المنقولات ، إذا اتفق على ميعاد لدفع الثمن وتسلم المبيع ، يكون البيع مفسوخاً دون حاجة إلى إعذار إن لم يدفع الثمن عند حلول الميعاد إذا اختار البائع ذلك ، وهذا ما لم يوجد اتفاق على غيره» [2].

(١) وهذا ما لم يكن هناك عربون يفقده المشترى إذا انفسخ البيع لتأخره فى دفع الثمن . وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا نص فى عقد بيع أنه إذا تأخر المشترى من دفع مبلغ كذا يعتبر عقد البيع لاغياً بدون حاجة إلى إنذار أو حكم قضائى ويصبح المبلغ المدفوع حقاً مكتسباً للبائع لا يرد بحال من الأحوال ، كان للمشترى الاستفادة من هذا النص واعتبار البيع لاغياً مثل ما للبائع سواء بسواء (استئناف مصر ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٤ رقم ٢٧٠ ص ٣٢٩) ، ففى هذه القضية دفع المشترى عربوناً للبائع ، فحق له الرجوع فى البيع ، وأصبح العربون حقاً مكتسبا للبائع .

ونرى من ذلك أن هذا الشرط الفاسخ الاتفاقى ، وهو فى أعلى مراتبه من القوة ، وسط بين الفسخ القضائى والانفساخ القانونى . فهو أعلى من الفسخ القضائى فى أن الحكم بالفسخ فيه إذا قامت حاجة لصدوره يكون مقرراً للفسخ لا منشئاً بحيث لا يجوز للمشترى أن يتفادى الفسخ بدفع الثمن ، وبحيث لا يجوز للقاضى إعطاء مهلة للمشترى لدفع الثمن . وهو أدنى من الانفساخ بحكم القانون فى أن البيع لا ينفسخ فيه إلا إذا أظهر البائع رغبته فى ذلك ، أما فى الانفساخ القانونى فالعقد ينفسخ دون نظر إلى إرادة البائع كما إذا هلك المبيع فى يده قبل التسليم (الوسيط جزء أول فقرة ٤٨٥ ص ٧٢٠).

(٢) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى المادة ٦١٢ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى ، «فى بيع العروض وغيرها من المنقولات ، إذا لم يتقدم المشترى لتسلم المبيع بعد انقضاء الأجل المتفق عليه، أو تقدم ولكنه لم يعرض الثمن ، كان البيع مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى إعذار ، وذلك لمصلحة البائع ، إلا إذا كان المشترى فى الحالة الأخيرة قد اتفق مع البائع على أجل أطول للوفاء بالثمن» . وفى لجنة المراجعة أقر النص بعد تحرير طفيف تحت رقم ٤٧٤ من المشروع النهائى . وأقره مجلس النواب. ولكن لجنة المراجعة عدلته، فاستعاضت عن عبارة «إذا لم يتقدم المشترى الخ» بعبارة «إذا اتفق على ميعاد لدفع الثمن وتسلم المبيع الخ» ، وقد راعت اللجنة فى ذلك أن تحتذى مثال النص الوارد فى التقنين السابق وأن تجعل الحكم أوضح، وصارت المادة رقمها ٤٦١ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٥٠ و ص ١٥٥ – ص ١٥٧).

ويقابل النص فى التقنين المدنى السابق المادة ٤١٨/٣٣٥ ، وهى تنص على ما يأتى : «وفى بيع البضائع الأمتعة المنقولة إذا اتفق على ميعاد لدفع الثمن ولاستلام المبيع ، يكون البيع مفسوخا حتما إذا لم يدفع الثمن فى الميعاد المحدد بدون احتياج للتنبيه» . (والحكم يتفق مع حكم التقنين الجديد) .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : **التقنين المدنى السورى** م ٤٢٩ (مطابقة للمادة ٤٦١ مصرى) .

التقنين المدنى الليبى م ٤٥٠ (مطابقة للمادة ٤٦١ مصرى).

التقنين المدنى العراقى : لا مقابل – فلا يسرى الحكم لأن النص استثنائى .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى : لا مقابل – فلا يسرى الحكم لأن النص استثنائى .

ويخلص من هذا النص أن فى بيع المنقول يوجد اتفاق يكون بمثابة الشرط الفاسخ فى أعلى مراتبه من القوة ، أى بمثابة الاتفاق على أن يكون البيع مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم أو إعذار . وهذا الاتفاق هو الذى يقع بين البائع والمشترى يحدد ميعاداً لدفع الثمن وتسلم المبيع . فيفرض القانون فى هذه الحالة أن بائع المنقول يريد تسليم المبيع فى مقابل قبض الثمن ، وقد اتفق مع المشترى على ميعاد لذلك . ولما كانت المنقولات سريعة التداول ، ولا تتحمل ما تتحمله العقارات من الإبطاء فى التعامل وطول الإجراءات ورفع دعاوى الفسخ ونحوها ، وبخاصة إذا كانت هذه المنقولات عروضاً للتجارة وسلعاً وبضائع يريد صاحبها أن يسلمها إلى مشتريها فى ميعاد محدود يقبض ثمنها ، ولا فهو فى حل من بيعها إلى غيره واعتبار البيع الأول مفسوخاً دون حاجة إلى حكم أو إعذار ، فقد فرض القانون أن اتفاق بائع المنقول مع مشتريه على ميعاد لدفع الثمن وتسلم المبيع ينطوى على هذا الشرط الفاسخ الذى بموجبه يكون البيع مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم أو إعذار إذا جاء ميعاد تسليم المبيع ودفع الثمن ولم يتقدم المشترى لدفع الثمن [1]. وهذا الفرض قابل لإثبات العكس ، فقد يذكر فى البيع ما ينقض ذلك ، كأن يتفق مثلا على ألا يفسخ البيع إلا بعد إعذار أو أنه يجوز مد الأجل لدفع الثمن أو نحو ذلك . فاذا لم يقم اتفاق صريح أو ضمنى مخالف ، وحل الميعاد المحدد لتسلم المبيع وقبض الثمن ، ولم يتقدم المشترى لدفع الثمن ، اعتبر البيع مفسوخاً دون حاجة إلى حكم أو إعذار [2] ، وكان البائع فى حل أن يعتبر المبيع لم ينتقل من ملكه ، أو له أن يتصرف فيه تصرف المالك فيبيعه مرة أخرى أو يفعل فيه ما يشاء [3] . على أن انفساخ البيع على هذا الوجه لا يكون إلا

(١) أما النص المقابل فى التقنين المدنى الفرنسى (م ١٦٥٧) فيجعل الفسخ جزاء على عدم تقدم المشترى لتسلم المبيع ، أى جزاء على التزام المشترى بتسلم المبيع لا التزامه بدفع الثمن (بوردى وسينيا فقرة ٥٩٤ – فقرة ٦٠٣) . وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المصرى الجديد يجعل الفسخ جزاء على كل من الألتزامين : الالتزام بدفع الثمن والالتزام بتسلم المبيع (انظر آنفاً نفس الفقرة فى الهامش) .

(٢) استئناف مختلط ١٠ مايو ١٩٣٩م ٥١ ص ٣١٢ – ٢٦ مارس سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٤٠ – ٢٨ أبريل سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٣١ . وهذا بشرط أن يكون البائع مستعداً لتسليم المبيع، فإذا كان التسليم فى موطن المشترى مثلا ، وجب لإعمال المادة ٤٦١ مدنى أن ينقل البائع المبيع إلى موطن المشترى حتى يظهر استعداده لتسليمه (الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٩٩ ص ٣٤٩ – الأستاذ عبدالفتاح عبدالباقى ص ٣٠٩ – الأستاذ منصور مصطفى منصور ص ٢٣١) . وإذا ثبت أن البائع هو الذى تأخر فى تسليم المبيع ، فللمشترى طلب فسخ البيع ، ولكن بعد إعذار وحكم بالفسخ يكون للقاضي فيه سلطة تقديرية وفقاً للقواعد العامة (استئناف مصر ٣٠ مايو سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ٢/١٧ ص ٦٥ – استئناف مختلط ٢٨ مايو سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ٢٠٥).

(٣) وللبائع فوق ذلك أن يطالب المشترى بتعويض : بنى سويف ٢٨ مايو سنة ١٩٢٣ المحاماة ٣ رقم ٢/٤٢٢ ص ٥١٨ – أسيوط ١٥ فبراير سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٤٢٠ ص ٦٦٩ – الاسكندرية ٥ مايو سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣١ رقم ٩٠ ص ٢٣٦ .

باختيار البائع ، فله ألا يعتبر البيع مفسوخاً ، وأن يطالب المشترى بتنفيذه بالرغم من تأخر هذا عن دفع الثمن (1) ، وإلا لاستطاع المشترى أن يفسخ البيع إذا شاء بأن يتأخر عن دفع الثمن (١) .

ويلاحظ أن الحكم المتقدم الذكر لا يسرى إلا فى هذه الصورة الخاصة من بيع المنقول للاعتبارات التى تقدم ذكرها . فلابد أن يكون المبيع منقولا سلعة أو بضاعة أو أسهماً أو سندات أو نحو ذلك (٢) ، وأن يكون المتبايعان قد اتفقا على ميعاد لتسليم المبيع ودفع الثمن . فلا يسرى هذا الحكم فى بيع العقار . كذلك لا يسرى فى بيع المنقول إذا كان البيع غير مؤجل ، كما إذا كان المتبايعان لم يتفقا على ميعاد لدفع الثمن وتسلم المبيع فصار الثمن واجب الدفع فى الحال والمبيع واجب التسلم فورا (٣)(2) . ولا يسرى فى بيع المنقول إذا حدد ميعاد لدفع الثمن غير الميعاد الذى حدد لتسليم المبيع ، أو حدد لدفع الثمن دون أن يحدد ميعاد لتسليم المبيع فيكون التسليم واجباً فى الحال ودفع الثمن واجباً فى الميعاد المحدد. أما إذا حدد ميعاد لتسليم المبيع دون أن يحدد ميعاد لدفع الثمن ، فقد رأينا (٤) أن

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٥٥ – وإذا اختار البائع الفسخ أو التنفيذ ، وأقره المشترى على ما اختاره ، لم يعد يستطيع الرجوع فيما اختار (استئناف مختلط ١٦ أبريل سنة ١٩٤٦ م ٥٩ ص ١٧٧) .

(٢) ولكن لا يجوز أن يكون منقولا معنوياً لمجموع من المال أو متجر (الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٨٨ ص ٣٤٨ – ص ٣٤٩).

(٣) استئناف وطنى ٢٩ مايو سنة ١٩٢١ المحاماة ٢ رقم١٧ ص ٤٢ – استئناف مختلط ١٤ يناير سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٤٣ .

(٤) انظر آنفا فقرة ٣٩٦ .

(1) النص فى المادة ٤٦١ من القانون المدنى على أنه «فى بيع العروض وغيرها من المنقولات إذا اتفق على ميعاد لدفع الثمن وتسلم المبيع يكون البيع مفسوخا دون حاجة إلى إعذار ان لم يدفع الثمن عند حلول الميعاد إذا اختار البائع ذلك ، وهذا ما لم يوجد اتفاق على غيره» فقد دلت على أن المشرع قد خرج بحكمها على القاعدة العامة القاضية بعدم امكان فسخ العقود إلا بعد الاعذار بحكم من القاضى ما لم يوجد اتفاق صريح على الاعفاء من ذلك واشترط لاعمال هذا النص الاستثنائى أن يكون المبيع من العروض وغيرها من المنقولات وأن يكون كل من المبيع والثمن محدداً تحديدا كافيا ومعلوما للمشترى عند التعاقد ، وأن يتخلف المشترى عن دفع الثمن فى الميعاد المتفق عليه لتسليم المبيع ودفع الثمن ، وأن يختار البائع التمسك بانفساخ عقد البيع .

(جلسة ١٩٧٩/١٢/٣١ ، الطعن ٤٦ لسنة ٤٧ ق س ٣٠ ع ٢ ص ٤٢٣)

(2) متى كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى أن اتفاقا قد تم بين الطرفين على دفع الثمن جميعه نقدا فى ميعاد معين ، فأنه لا يحل الرجوع إلى العرف لمعرفة دفع الثمن والطريقة التى يدفع بها الثمن أو لبيان اذا كان يحق للبائع التحلل من الصفقة إذا لم يوف المشترى الثمن فى الميعاد ما دام أن القانون خول هذا الحق بنص صريح بما قرره فى المادة ٣٣٥ من القانون المدنى القديم (تقابل المادة ٤٦١ من=

الثمن يكون واجب الدفع فى ميعاد تسليم المبيع فيسرى الحكم الوارد فى المادة ٤٦١ مدنى (١) .

وفى جميع الصور التى لا يسرى فيها هذا الحكم ، وهى الصور التى قدمنا بيانها، تسرى القواعد العامة التى سبق أن قررناها . فلا يكون فسخ البيع فيها لعدم الوفاء بالثمن إلا فسخاً قضائياً بمميزات هذا الفسخ التى سبق ذكرها ، أو فسخاً اتفاقياً إذا وجد شرط فاسخ صريح بالتدرج الذى بسطناه فيما تقدم .

٤١٧ – الآثار التى تترتب على الفسخ الاتفاقى – احالة : ويترتب على الفسخ الاتفاقى نفس الآثار التى تترتب على الفسخ القضائى، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك (٢) .

فاذا فسخ البيع بحكم الاتفاق ، فى أية صورة من الصور التى تقدم ذكرها ، سواء كان الفسخ بحكم منشئ أو بحكم كاشف أو بغير حكم أصلا ، أعيد المتعاقدان إلى الحالة التى كانا عليها قبل العقد ، وإذا استحال ذلك جاز الحكم بتعويض (م ١٦٠ مدنى) . وينحل البيع بأثر رجعى ، سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة إلى الغير ، وذلك على التفصيل الذى تقدم بيانه .

المبحث الثانى

تحمل مصروفات البيع

٤١٨ – النصوص القانونية : تنص المادة ٤٦٢ من التقنين المدنى على ما يأتى :

«نفقات عقد البيع ورسوم «الدمغة» والتسجيل وغير ذلك من مصروفات تكون على

= القانون المدنى الجديد)من أنه إذا اتفق فى بيع البضائع والامتعة المنقولة على ميعاد لدفع الثمن ولاستلام المبيع ، كان البيع مفسوخاً حتما إذا لم يدفع الثمن فى الميعاد المحدد بغير حاجة إلى تنبيه رسمى.

(جلسة ١٩٦٢/٥/٣ مجموعة أحكام النقض السنة ١٣ ص ٧٥١)

(١) وقد قضت محكمة النقض فى عهد التقنين المدنى السابق بأن المادة ٣٣٥ مدنى (٤٦١ مدنى جديد) جاءت استثناء من القاعدة العامة القاضية بعدم إمكان فسخ العقود إلا بعد التنبيه الرسمى ، فلا يصح تطبيقها إلا فى حدود نصها ، أى فى حالة تحديد أجل ليدفع المشترى الثمن ويتسلم المبيع . أما إذا كان الأجل محدداً لحصول البائع على المبيع وتسليمه للمشترى ، ففى هذه الصورة لا يعفى البائع من واجب التنبيه رسمياً على المشترى بالتسليم والوفاء (نقض مدنى ١٣ يناير سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ٩٢ ص ٢٤٧) .

(٢) أنظر آنفا فقرة ٤١٩ .

المشترى، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك » [(١)].

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادة ٣٠٩/٢٤٣ [(٢)].

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية : فى التقنين المدنى السورى المادة ٤٣٠ – وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٤٥١ – وفى التقنين المدنى العراقى المواد ٥٨٣ – ٥٨٥ وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٤١٣ [(٣)].

ومصروفات البيع يقوم المشترى عادة بها ، فلا يرجع على البائع بشئ منها لأنه هو الذى يتحملها كما يقول النص ، وذلك ما لم يوجد اتفاق مخالف يجعل البائع يتحمل بعض هذه المصروفات أو كلها ، أو ما لم يوجد عرف مخالف كما هى الحال فى السمسرة فقد جرى العرف أن يشترك فيها البائع والمشترى مناصفة [(٤)].

وقد يقوم البائع فى بعض الأحيان بمصروفات البيع أو بعضها ، فما لم يوجد اتفاق أو عرف مخالف يكون له الرجوع بما أنفقه على المشترى لأنه هو الذى يتحمل مصروفات

---

(١) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى المادة ٦١٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . وأقرته لجنة المراجعة ، وأصبح رقمه ٤٧٦ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٦٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٥٨ – ص ١٥٩).

(٢) **التقنين المدنى السابق م ٣٠٩/٢٤٣** : رسوم عقد البيع ومصاريفه على المشترى . وانظر أيضاً م ٣٥٦/٢٨٤.

والأحكام متفقة فى التقنينين الجديد والسابق).

(٣) **التقنينات المدنية العربية الأخرى** : **التقنين المدنى السورى م ٤٣٠** (مطابقة للمادة ٤٦٢ مصرى – وانظر فى القانون المدنى السورى الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٢٤٢ – فقرة ٢٤٣).

التقنين المدنى الليبى م ٤٥١ (مطابقة للمادة ٤٦٢ مصرى) .

التقنين المدنى العراقى م ٥٨٣ : نفقات عقد البيع ورسوم التسجيل وغيرها من الرسوم وأجرة كتابة السندات والصكوك وغير ذلك من المصروفات التى يقتضيها البيع تكون على المشترى، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك .

م ٥٨٤ : الأشياء المبيعة جزافاً مؤونتها ومصروفاتها على المشترى ، فلو بيعت ثمرة كرم جزافاً ، كانت أجرة قطع تلك الثمرة وجزها على المشترى ، ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك .

م ٥٨٥ : ما يباع محمولا تكون أجرة نقله وإيصاله إلى بيت المشترى جارية على حسب الاتفاق والعرف.

(وأحكام التقنين العراقى تتفق مع أحكام التقنين المصرى – وانظر فى القانون المدنى العراقى الأستاذ حسن الذنون فقرة ٣٢٨ – فقرة ٣٣٠ – الأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٥٧٤ – فقرة ٥٧٧).

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٤١٣ : إن مصاريف أخذ المبيع واستلامه (كالتحزيم والنقل والشحن) ومصاريف أداء الثمن والقطع والتسجيل ونفقة الصكوك التى يضعها كاتب العدل والطوابع مما يلزم لصك الشراء ، كل ذلك يدفعه المشترى، ما لم يكن نص أو عرف مخالف . وتشمل مصاريف الاستلام رسوم المرور (الترانزيت) والدخولية والجمرك التى تؤخذ فى أثناء نقل المبيع وعند وصوله .

(أحكام التقنين اللبنانى تتفق مع أحكام التقنين المصرى).

(٤) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٥٨ .

البيع [(١)] كما سبق القول . فسنتعرض إذن حالة ما يقوم المشترى بالمصروفات ، ثم حالة ما يقوم البائع بها أو ببعضها ويرجع على المشترى بما أنفقه [(٢)].

٤١٩ – المشترى قام بمصروفات البيع : وتشتمل هذه المصروفات عادة على نفقات كتابة عقد البيع ، سواء كتب فى ورقة عرفية حيث يتحمل المشترى رسوم «الدمغة» إن كانت هناك رسوم ، أو فى ورقة رسمية حيث يتحمل المشترى رسوم الورقة الرسمية . ويدخل فى المصروفات أيضا أتعاب المحامى الذى قام باعداد عقد البيع وتسجيله . وتدخل أيضا مصروفات الكشف عن العقار المبيع فى جهات الشهر للتثبت مما عليه من الحقوق للغير. وتدخل المصروفات اللازمة لإعداد عقد البيع للتسجيل وما يقتضيه ذلك من نفقات ورسوم التصديق على التوقيعات ويدخل فى ذلك توقيع البائع نفسه [(٣)] . وتدخل رسوم التسجيل ذاتها وهى عادة رسوم مرتفعة ، وقد كانت ٣,٥٪ من الثمن ثم ارتفعت إلى ٥٪ ثم ارتفعت أخيراً إلى ٧٪ [(٤)] [(1)] . وإذا ثقل العقار المبيع امتياز البائع لتأخير دفع الثمن كله

---

(١) وهذا من الناحية القانونية . أما من الناحية الاقتصادية فالواقع من الأمر أن البائع هو الذى يتحمل مصروفات البيع فى النهاية ، إذ أن المشترى يدخل هذه المصروفات فى اعتباره عند تقديره لثمن المبيع، فيدخل فى الثمن هذه المصروفات . وقد كان المشترى يزيد الثمن بمقدار هذه المصروفات لو لم يكن هو الذى يتحملها قانوناً ، فيكون البائع هو الذى فاتته هذه الزيادة ، وهو إذن يتحمل المصروفات على هذا الوجه (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٩) .

(٢) أما علاقة كل من البائع والمشترى بالغير فيما يتعلق بمصروفات العقد فتحددها الرابطة القانونية بينهما وبينه ، فأتعاب المحامى مثلا يرجع بهلا على كل من البائع والمشترى إذا وكلاه معاً وفقا للمادة ٧١٢ مدنى التى تجعل الموكلين المتعددين مسئولين بالتضامن نحو الوكيل (الأستاذ أنور سلطان فقرة ٣١١) وإذا رجع المحامى على البائع بكل أتعابه رجع البائع بها كلها على المشترى، أما إذا رجع المحامى على المشترى لم يرجع هذا بشئ على البائع (الأستاذ محمد على إمام فقرة ٢٥٠ ص ٤٢٥).

(٣) أنظر فى حساب مصروفات التصديق على التوقيعات ضمن مصروفات البيع الأستاذين أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ٤٢٩ ص ٤٢٨ وهامش رقم ٤ ، وفى أن مصروفات إثبات البائع لملكيته للمبيع كمصروفات إعلام الوراثة تكون عليه لا على المشترى المصدر السابق ص ٤٢٩ هامش رقم ٢. وإذا كان البائع فى مكان بعيد وتكلف نفقات فى الحضور للتوقيع والتصديق على توقيعه ، فهذه النفقات يتحملها هو ، لأنه ملتزم بالقيام بالإجراءات اللازمة للتسجيل وتقضى القواعد العامة بأن نفقات تنفيذ الالتزام على الملتزم .

(٤) وإذا علم المشترى أن العقار الذى باعه إياه الوارث لا يزال مكلفاً باسم المورث ، فعلى المشترى دفع رسم الأيلولة لنقل التكليف من المورث إلى الوارث ، لأن علم المشترى بعدم دفع الوارث لرسم الأيلولة وعدم اشتراطه شيئاً فى خصوص ذلك يفيد رضاءه الضمنى بتحملها . (استئناف مختلط ٩ أبريل سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢٢٥ – ٢ فبراير سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ١١٨) . ولكن الأصل هو أن رسم الأيلولة يتحمله الورثة البائعون لا المشترى ، فإذا دفعه المشترى مضطراً رجع به على الوارث (استئناف مختلط ١١ يناير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٧٥ – ١٨ أبريل سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٢٥٠).

(1) صدر القانون رقم ٧٠ لسنة ١٩٦٤ بشأن رسوم التوثيق والشهر وجعل رسوم التسجيل نسبة بحسب قيمة العقار وتبدأ بـ(٢٪) من قيمة العقار إذا لم تجاوز قيمة العقار ١٠٠٠ جنيه وتصـــل إلى (١٢٪) من=

أو ببعضه ، فان مصروفات قيد هذا الامتياز وكذلك مصروفات شطب القيد بعد دفع الثمن تدخل فى مصروفات البيع التى يتحملها المشترى . لكن إذا كان على المبيع رهن أو حق عينى آخر ترتب من جهة البائع ، فان مصروفات شطب القيود الشاهرة لهذه الحقوق العينية تكون على البائع لا على المشترى إلا إذا وجد اتفاق بخلاف ذلك . أما السمسرة فقد قدمنا أن العرف قد جرى على أن تكون مناصفة فيما بين البائع والمشترى ، وقد جرى العرف أيضاً على أن يأخذ السمسار ٢,٥٪ من الثمن من كل من البائع والمشترى إلا إذا كان هناك اتفاق على غير ذلك ، فكل من المتبايعين يدفع نصيبه من السمسرة مباشرة إلى السمسار [١] .

كما ما قدمناه وغيره من مصروفات البيع يتحمله المشترى ، وهو الذى يقوم به عادة كما سبق القول ، فلا يرجع بشئ منه على البائع ، إلا إذا وجد اتفاق أو عرف مخالف [٢] .

أما مصروفات تطهير العقار إذا لجأ المشترى إلى تطهيره فتكون على البائع لا على المشترى [٣] ، لأن الرهن الذى يظهره المشترى آت من جهة البائع ، وهذا ما لم يوجد اتفاق مخالف . وكذلك يتحمل البائع أية مصروفات للبيع يكون هو الذى تسبب

= قيمة العقار إذا جاوزت ٣٠٠٠٠ جنيه ثم صدر القانون رقم ٦ لسنة ١٩٩١ وقضى بأن يخفض إلى النصف الرسم النسبى المستحق على المحررات الخاصة بطلبات الشهر لمدة ثلاث سنوات (م ٣٤ مكررا) والتى أجازت أيضاً مد العمل بهذا الحكم فى شأن المحررات التى تقدم طلباتها بعد ذلك لمدة أو للمدد التى يصدر بتحديدها قرار من رئيس الجمهورية ، وأخيراً أصدر المشرع القانون رقم ٩ لسنة ٢٠٠٣ ، بإضافة مادة جديدة برقم ٣٤ مكررا (٢) إلى القانون رقم ٧٠ لسنة ١٩٦٤ نصها الآتى : يخفض الرسم النسبى على شهر المحررات بنسبة (٢٥٪) من مقداره المستحق بعد التخفيض المنصوص عليه فى الفقرة الأولى من المادة (٣٤) مكررا ومع تطبيق أحكام الفقرة الثانية من المادة ذاتها ، ويسرى التخفيض الجديد على المحررات الخاصة بطلبات الشهر القائمة عند بدء العمل به ، وتلك التى تقدم خلال ثلاث سنوات تالية ، ويجوز لرئيس الجمهورية أن يقرر العمل بالتخفيض على الرسوم المشار إليه فى الفقرة السابقة ، وذلك لمدة أو لمدد أخرى . وقد ورد بالمذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٩ لسنة ٢٠٠٣ أن تخفيض الرسوم من شأنه حث المواطنين على شهر التصرفات العقارية واستقرار الملكية العقارية وزيادة حصيلة الدولة من رسوم التسجيل .

(١) استئناف مختلط ٢٧ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥١٧ - ١٠ يونيه ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٤٧ .

(٢) وإذا وجد اتفاق يحمل البائع مصروفات البيع ، قيل فى هذه الحالة أن المشترى قد اشترى وعقده فى يده (contrat en main) ، أى أنه يحصل على العقد دون أن يدفع شيئاً غير الثمن (بودرى وسينيا فقرة ١٩١) .

وإذا أخذ المشترى على نفسه دفع الضريبة المتأخرة على المبيع ، وجب عليه دفعها ولو صدر قانون زاد الضريبة عما كانت عليه من قبل (استئناف مختلط ٢٨ مايو سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٣٠٨) . وإذا تعهد المشترى بدفع الضريبة المتأخرة وديون البائع للحكومة ، ثم نزلت الحكومة للبائع عن هذه الضريبة والديون ، وجب على المشترى دفعها للبائع لأنها تعتبر جزءاً من الثمن (استئناف مختلط ٢٩ إبريل سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٣٠٢) .

(٣) جيوار ١ فقرة ١٩٧ - أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٣ هامش ٢ - بودرى وسينيا فقرة ١٩٠ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢٢ - كولان وكابيتان ٢ فقرة ٩٣٩ ص ٦٢٤ .

فيها بخطأ ، كما إذا أعطى المشترى بيانات خاطئة عن المبيع كان من شأنها أن زادت مصروفات البيع دون مبرر ، وكما إذا فسخ بخطأ البائع فقد تجعل مصروفات البيع على عاتق البائع على سبيل التعويض [١] .

٤٢٠ - البائع قام بمصروفات البيع أو بعضها : وقد يقع كما قدمنا أن يقوم البائع بمصروفات البيع أو ببعضها . مثل ذلك أن يقوم بكتابة عقد البيع فيدفع «الدمغة» ونحوها أو رسوم الورقة الرسمية . ومثل ذلك أيضا أن يدفع أتعاب المحامى أو كل السمسرة أو مصروفات قيد امتيازه على العقار المبيع أو نحو ذلك . ففى هذه الحالات يرجع البائع على المشترى بما دفعه من هذه المصروفات ، ما لم يوجد اتفاق أو عرف مخالف .

وللبائع ، فى رجوعه على المشترى بما دفعه من مصروفات البيع ، كل الضمانات التى له فى الرجوع عليه بالثمن . فيستطيع أن يحبس المبيع ، وأن يطلب فسخ البيع ، إذا لم يسترد هذه المصروفات من المشترى . وله حق امتياز على المبيع يكفل له استرداد هذه المصروفات. والظاهر أيضاً أنه يرجع على المشترى بالفوائد القانونية لما دفعه من مصروفات البيع من وقت دفعها ، على أساس أنه وكيل عن المشترى فى دفع هذه المصروفات ، والوكيل يرجع على الموكل بما أنفقه مع الفوائد من وقت الانفاق (م ٧١٠ مدنى) [٢] .

المبحث الثالث
تسليم المبيع

٤٢١ - النصوص القانونية : تنص المادة ٤٦٣ من التقنين المدنى على ما يأتى :

«إذا لم يعين الاتفاق أو العرف مكاناً أو زماناً لتسليم المبيع ، وجب على المشترى أن يتسلمه فى المكان الذى يوجد فيه وقت البيع وأن ينقله دون إبطاء إلا ما يقتضيه النقل من زمن» .

وتنص المادة ٤٦٤ على ما يأتى :

«نفقات تسلم المبيع على المشترى ، ما لم يوجد عرف أو اتفاق يقضى بغير ذلك» [٣] .

---

(١) بودرى وسينيا فقرة ١٩٢ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢٣ .

(٢) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٩ - ولو اعتبر البائع فضولياً فى دفع مصروفات البيع ، فإن له أيضاً الحق فى اقتضاء الفوائد القانونية عنها من يوم دفعها : أنظر المادة ١٩٥ مدنى .

(٣) **تاريخ النص** : م ٤٦٣ : ورد هذا النص فى المادة ٦١٥ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : «١ - يلتزم المشترى بأن يتسلم المبيع فى الزمان والمكان المحددين فى العقد ، ما دام المبيع قد عرض عليه وفقاً للشروط المتفق عليها . ٢ - فإذا لم يحدد الاتفاق أو العرف زماناً أو مكاناً لتسلم المبيع ، وجب على المشترى أن يتسلم المبيع دون إبطاء ، إلا ما يقتضيه التسليم من زمن ، ويتسلم فى المكان الذى يجب أن يسلمه فيه البائع» . وفى لجنة المراجعة اكتفى بالفقرة الثانية لأنها تفيد المعنى المطلوب كاملا ،

وتقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق المادة ٢٨٤/٣٥٦ (١).

وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادتين ٤٣١ – ٤٣٢ – وفي التقنين المدني الليبي ٤٥٢ – ٤٥٣ – وفي التقنين المدني العراقي المادتين ٥٨٦ – ٥٨٧ – وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٤٧٢ (٢).

= وحورت تحريراً لفظياً فأصبحت مطابقة لما استقر عليه النص في التقنين المدني الجديد، وأصبح النص رقمه ٤٧٧ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٦٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٦٠ – ص ٢٦١).

م ٤٦٤ : ورد هذا النص في المادة ٦١٦ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : «١- نفقات تسلم المبيع على المشتري ، ما لم يوجد عقد أو اتفاق يقضي بغير ذلك . ٢ – وكذلك الحال في نفقات النقل إذا وجب نقل المبيع إلى مكان غير الذي ينفذ فيه العقد . ويعتبر البائع قد رضي أن يتحمل نفقات النقل إذا اشترط المشتري التسليم خالص الأجر . وإذا اتفق على أن يكون التسليم خالصاً من أجر الشحن ومن الرسوم الجمركية ، اعتبر البائع راضياً أن يتحمل الرسوم التي تجبى في نقل البضاعة ، وقت الخروج وأثناء العبور وعند الوصول ، ولكنه لا يتحمل رسوم الاستهلاك التي تجبى عند تسليم المبيع» . وفي لجنة المراجعة حذفت الفقرة الثانية لأن مكانها القانون التجاري ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وصار رقمه ٤٧٨ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٦٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ١٦٢ – ص ١٦٣).

(١) **التقنين المدني السابق م ٢٨٤/٣٥٦** : ومصاريف المشال ومصاريف دفع الثمن تكون على المشتري ، وكذلك رسوم عقد البيع ، وهذا إن لم يقض العرف التجاري بخلاف ذلك في جميع الأحوال.
(والأحكام متفقة في التقنينين السابق والجديد).

(٢) **التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري** م ٤٣١ – ٤٣٢ (مطابقتان للمادتين ٤٦٣ – ٤٧٤ مصري – وانظر القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٢٤٠ – فقرة ٢٤١ وفقرة ٢٤٤.

التقنين المدني الليبي م ٤٥٢ – ٤٥٣ (مطابقتان للمادتين ٤٦٣ – ٤٦٤ مصري).

التقنين المدني العراقي م ٥٨٦ : ١ – يلتزم المشتري بأن يتسلم المبيع في الزمان والمكان المحددين في العقد ما دام المبيع قد عرض عليه وفقاً للشروط المتفق عليها – ٢ – فإذا لم يحدد الاتفاق أو العرف زماناً أو مكاناً لتسلم المبيع ، وجب على المشتري أن يتسلمه في المكان الذي يجب أن يسلمه فيه البائع، وأن ينقله دون إبطاء إلا ما يقتضيه النقل من زمن .

م ٥٨٧ : نفقات تسليم المبيع على المشتري ، ما لم يوجد عرف أو اتفاق يقضي بغير ذلك .
(وأحكام التقنين العراقي متفقة مع أحكام التقنين المصري – أنظر في القانون المدني العراقي الأستاذ حسن الذنون فقرة ٣٣١ – فقرة ٣٣٣ – الأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٥٧٨ – فقرة ٥٨٦) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٤٧٢ : يجب على المشتري أن يستلم المبيع في المكان والزمان المعينين في العقد . وإذا لم يكن هناك نص مخالف ، وجب عليه أن يستلم المبيع بلا إبطاء ، مع مراعاة المهلة اللازمة للاستلام . وإذا لم يحضر لاستلام المبيع ، أو حضر بدون أن يعرض دفع الثمن في الوقت نفسه، وكان البيع نقداً ، فتطبق القواعد المتعلقة بتأخر المدين . وإذا كان من الواجب تسليم =

ونبحث في تسلم المبيع : (١) كيف يكون التسليم . (٢) زمان التسلم ومكانه . (٣) نفقات التسلم . (٤) الجزاء على الأخلال بالتزام التسلم .

٤٢٢ – كيف يكون تسلم المشتري للمبيع : التسلم في أغلب صوره هو العملية المتممة للتسليم . فقد بينا (١) أن البائع يلتزم بتسليم المبيع ، وذلك بأن يضعه تحت تصرف المشتري بحيث يكون هذا متمكنا من حيازته حيازة يستطيع معها أن ينتفع به الانتفاع المقصود من غير أن يحول حائل دون ذلك . وفي أكثر الأحوال يقع هذا بأن يقبض المشتري فعلا المبيع من البائع على هذا النحو ، فيسلم البائع المبيع إلى المشتري ويتسلمه المشتري من البائع ، ويتم التسليم والتسلم في وقت واحد . ولكن يحدث أن البائع يضع المبيع تحت المشتري، ويكون المشتري متمكناً من الاستيلاء عليه ، ولكنه لا يستولى عليه فعلا، فيكون البائع قد قام بالتزامه من تسليم المبيع ، ولم يقم المشتري بالتزامه من تسلمه ، ولا يعتبر المشتري حائزاً للمبيع (٢) .

فيلتزم المشتري إذن بأن يتسلم المبيع ، وذلك بالاستيلاء عليه فعلا . وتظهر الأهمية العملية لوجوب تنفيذ المشتري بتسلم المبيع في حالة ما إذا كان التسلم واجباً في موطن البائع أو في موطن آخر غير موطن المشتري وكان المبيع منقولا. ففي هذه الحالة إذا لم يتقدم المشتري في الميعاد المحدد للتسلم إلى موطن البائع أو إلى المكان الذي يجب فيه تسلم المبيع ليتسلمه ولينقله من مكانه (٣) إلى المكان الذي يريد أن يضعه فيه ، فيخلي بذلك المكان الذي كان شاغلا له عند البائع ، كان المشتري مخلا بالتزامه بتسلم المبيع ، وجاز للبائع وفقا للقواعد العامة إعذاره وإلزامه بالتسلم أو طلب الفسخ على النحو الذي سنبينه .

وتسلم المبيع كتسليمه يتم بالأعمال التي تتفق مع طبيعة المبيع . فتسلم العقار يكون بحيازته بعد أن يخليه البائع على ما قدمنا . وتسلم المنقول يكون بقبضه من البائع أو بحيازته إذا كان المنقول في مكان لا ينقل منه . وتسلم الأوراق المالية يكون بقبضها أو بايداع البائع إياها لحساب المشتري في مصرف . وقد يتسلم المشتري المنقول بتسلم مفاتيح المنزل أو المخزن أو الصندوق أو أي مكان آخر يحتوي على هذا المنقول ، أو بتحويل البائع له سند الإيداع أو التخزين إذا كان المنقول مودعاً أو مخزوناً في جهة ما أو بتسليمه هذا السند إذا كان لحامله. وإذا كان المبيع حقاً مجرداً كحق المرور أو حق شخصي ، فقد يتم التسلم بأخذ المشتري

= الأشياء المبيعة دفعات متوالية ، فالتخلف عن استلام الدفعة الأولى ينتج المفاعيل التي ينتجها عدم استلام المجموع – ذلك كله ما لم يكن اتفاق مخالف بين الفريقين .

أنظر أيضا المادة ٤١٣ وقد سبق ذكرها آنفاً فقرة ٤١٨ في الهامش .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٣٠٥ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٣٠٥ في الهامش .

(٣) بيدان ١١ فقرة ٢٧٤ .

السند الحق أو باستعماله للحق فعلا . والتسليم الحكمي من جانب البائع يتضمن تسلما حكمياً من جانب المشترى ، فالمشترى الذى يشترى شيئاً كان فى حيازته قبل البيع ويستبقيه فى حيازته كمشترى يكون قد تسلم المبيع تسلما حكمياً ، وترك المشترى المبيع للبائع يحوزه بسبب آخر كايجار أو رهن أو وديعة يعد تسلما حكمياً من المشترى للمبيع ، وإذا آجر المشترى المبيع ، وقبضه المستأجر من البائع رأسا كان هذا تسلماً حكمياً للمبيع من المشترى. وقد سبق أن بسطنا القول فى كل عند الكلام فى طريقة تسليم المبيع [١].

٤٢٣ – زمان تسلم المبيع ومكانه : زمان تسلم المبيع ومكانه يكونان عادة هما زمان تسليم المبيع ومكانه . فالبائع يلتزم بتسليم المبيع إلى المشترى فى زمان معين وفى مكان معين سبق بيانهما[٢] ، ويكون المشترى عادة ملتزماً بتسلم المبيع من البائع فى نفس الزمان والمكان، إذ يغلب كما قدمنا أن التسليم يعقبه التسلم دون إبطاء إلا ما يقتضيه التسلم من زمن . فعندما يسلم البائع المبيع للمشترى ، يتسلمه المشترى فوراً فى نفس الزمان وفى نفس المكان .

على أنه قد يتراخى تسلم المبيع من المشترى عن تسليمه من البائع . وذلك بأن يحدد الاتفاق أو العرف زماناً للتسلم يلى الزمان الذى يتم فيه التسليم ، كأن يكون المبيع منقولا مودعا فى مكان معين فيتفق المتبايعان على أن يضع البائع تحت تصرف المشترى مفاتيح هذا المكان بايداعها فى جهة معينة يستطيع المشترى أن يأخذها منها فى أى وقت شاء على ألا يتأخر عن تسلم المفاتيح أكثر من ثلاثة أيام من قت إيداعها . أما أن يكون التسليم غير مكان التسليم فهذا مما لا يتصور فحيث يتم التسليم يقع التسلم .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد «كما أن البائع يلتزم بتسليم المبيع ، كذلك المشترى يلتزم بتسلمه . وزمان التسليم ومكانه يحددهما عقد البيع، وهما يكونان عادة زمان ومكان التسليم . فاذا لم يوجد اتفاق أو عرف يحدد ذلك، وجب أن يتم التسلم دون إبطاء بمجرد التسليم من البائع ، إلا ما يقتضيه التسلم من زمن، ووجب أن يكون فى مكان التسليم» [٣] .

٤٢٤ – نفقات تسلم المشترى للمبيع : قدمنا أن نفقات تسليم المبيع تكون عادة على البائع ، فيتحمل هذا مصروفات حزم المبيع ونقله إلى مكان التسليم ونفقات الوزن والمقاس والكيل والعد إذا كان المبيع يفرز بإحدى هذه الطرق ، ومصروفات أرسال مفاتيح الدار المبيعة أو المكان الذى يوجد فيه المبيع إلى المشترى ، والرسوم الجمركية المستحق على

(١) أنظر آنفاً فقرة ٣٠٨ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٣٠٨ – فقرة ٣١١ .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٦٢ .

البضائع المبيعة التى يستوردها البائع ، وغير ذلك من المصروفات مما سبق بيانه [١] . أما نفقات تسلم المبيع فتكون على المشترى لا على البائع ، وقد نص على هذا الحكم صراحة كما رأينا فى المادة ٤٦٤ مدنى ، وهى ليست إلا تطبيقاً محضاً للقواعد العامة المقررة فى هذا الشأن والتى تقضى بأن «تكون نفقات الوفاء على المدين ، إلا إذا وجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك» (م ٣٤٨ مدنى) ، والالتزام بالتسليم المدين فيه هو المشترى ومن ثم تكون نفقاته عليه كما ان الالتزام بالتسليم المدين فيه هو البائع فكان هو الذى يتحمل النفقات .

ومن مصروفات تسلم المبيع مصروفات نقله من مكان التسليم والتسلم إلى المكان الذى يريده المشترى ، فكما أن البائع يتحمل مصروفات نقل المبيع إلى مكان التسليم والتسلم يتحمل المشترى نفقات نقله من هذا المكان . وإذا كان المبيع ثمراً على الشجر – كشجر المانجو والموالح والموز ونحوها – وبيع على هذه الحالة ، فمصروفات قطعه من الشجر تكون على المشترى لا على البائع ، وكذلك الحال فى كل محصول بيع فى الأرض قائماً لا مقطوعاً . وإذا كان المبيع مما يجب تصديره وكان تسليمه عند الشحن فى مكان التصدير، فان مصروفات شحنه وإرساله إلى أن يفرغ فى محطة الوصول تكون على المشترى لأنها مصروفات أنفقت لتسلم المبيع . أما إذا كان تسلم المبيع عند التفريغ فى محطة الوصول ، فان مصروفات شحنه وإرساله إلى هذه المكان تكون مصروفات أنفقت لتسليم المبيع لا لتسلمه، فتكون على البائع لا على المشترى . وكذلك الحال فى الرسوم التى تجبى على المبيع وقت خروجه من محطة التصدير ورسوم «الترنزيت» أثناء العبور وللرسوم التى تجبى عند وصول البضاعة إلى محطة التفريغ ، كل هذه الرسوم يتحملها المشترى إذا كان مكان التسلم هو محطة الشحن ، ويتحملها البائع إذا كان مكان التسلم هو محطة التصدير .

وهذا كله ما لم يقض الاتفاق أو العرف بغيره ، فعند ذلك يسرى الاتفاق أو العرف. فقد يقضى العرف التجارى بأن مصروفات التفريغ تكون على المشترى ، فيتحملها ولو كان التسلم فى مكان التفريغ . وقد يتفق المتبايعان على أن يكون التسليم خالصاً من أجر الشحن ومن الرسوم الجمركية ، وعند ذلك يتحمل البائع الرسوم التى تجبى فى نقل المبيع وقت الخروج وأثناء العبور وعند الوصول ولو كان التسلم فى مكان الشحن . ولكنه لا يتحمل الرسوم التى تجبى على استهلاك المبيع فى هذه الحالة ، بل الذى يتحملها هو المشترى لأنه هو الذى يستهلكها وذلك ما لم يكن هناك اتفاق على غيره [١] .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : «أما ما يقتضيه التسلم من نفقات – فى النقل والشحن وغير ذلك – فهو على المشترى ، ما لم يوجد اتفاق

(١) أنظر آنفاً فقرة ٣١٢ .

(٢) أنظر الفقرة الثانية من نص المشروع التمهيدى ، وهى الفقرة التى حذفت فى لجنة المراجعة ، آنفاً فقرة ٤٢١ فى الهامش .

أو عرف يقضى بغير ذلك . ونفقات نقل المبيع إلى مكان التسليم تدخل ضمن نفقات التسليم فهى على البائع ، ونفقات نقله من مكان التسليم إلى مكان التسلم (إقرأ المكان الذى يريده المشترى فان مكان التسلم هو نفس مكان التسليم كما سبق القول) إذا كان المكانان مختلفين تكون على المشترى . وإذا كان المشترى فى مكان غير مكان البائع ، واشترط التسليم خالص الأجر ، وجب على البائع أن ينقل المبيع إلى مكان المشترى ونفقات النقل عليه. بل قد يشترط المشترى أن يكون التسليم خالصاً ، لا من أجر الشحن وحده ، بل كذلك من الرسوم الجمركية ، فيتحمل البائع هذه الرسوم ، سواء كانت تجبى وقت خروج البضاعة من بلد البائع ، أو أثناء عبورها فى الطريق ، أو عند وصولها إلى بلد المشترى. أما رسوم الاستهلاك التى قد تجبى عند تسلم المبيع ، فهى على المشترى . وغنى عن البيان أن هذه الأحكام ليست من النظام العام ، فيجوز الاتفاق على غيرها» [(١)]

٤٢٥ – الجزاء على اخلال المشترى بالتزام تسلم المبيع : فاذا أخل المشترى بالتزامه من تسلم المبيع ، بأن كان مكان التسليم فى موطن البائع ولم يتقدم لتسلمه ، أو كان فى جهة أخرى ولم يذهب إليها للتسلم ، أو كان فى موطنه هو فأتى له البائع بالمبيع فرفض تسلمه، أو تخلف المشترى عن تسلم المبيع فى الميعاد المحدد للتسلم ، جاز للبائع أن يطلب من القضاء تنفيذ التزام المشترى جبراً عليه. وقد يتم ذلك عن طريق إيداع المبيع على ذمة المشترى بمصروفات يتحملها المشترى، أو يتم عن طريق الحكم على المشترى بغرامة تهديدية يدفعها عن كل يوم من أيام التأخر عن التسلم ، أو يتم بطريق آخر من الطرق المقررة للتنفيذ العينى [(٢)] . ويسبق ذلك كله إعذار البائع للمشترى أن ينفذ التزامه بتسلم المبيع .

كذلك يجوز للبائع، بعد إعذار المشترى ، أن يطلب فسخ البيع . ويبقى للقاضى سلطته التقديرية ، فاذا رأى مبرراً للفسخ قضى به ، وإلا أعطى المشترى مهلة لتسلم المبيع ، وفقاً للقواعد المقرر فى الفسخ القضائى . وقد يوضع فى البيع شرط فاسخ اتفاقى ، فيتبع فى شأنه جميع القواعد التى سبق ذكرها فى شأن الفسخ الاتفاقى عند عدم دفع الثمن [(٣)] .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٦٢ – ص ١٦٣ .

(٢) وقد يكتفى البائع بتسليم المبيع إلى المشترى ، أى بوضعه تحت تصرفه وتمكينه من الاستيلاء عليه، ولا يطالب المشترى بعد ذلك بتسلمه . فيكون البائع قد قام بالتزامه بالتسليم ، ومن ثم يحق له مطالبة المشترى بالثمن ، سواء تسلم المشترى المبيع أو لم يتسلمه .

(٣) وإذا كان من الواجب تسليم المبيع على دفعات متوالية ، فالتخلف عن تسليم الدفعة الأولى يكون بمثابة التخلف عن تسلم كل المبيع (أنظر م ٤٧٢ لبنانى آنفاً فقرة ٤٢١ فى الهامش)، ولكن التخلف عن تسلم الدفعات الأخيرة لا يمس ما تم تسلمه من الدفعات الأولى (أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٦ ص ٩٩ – أوبرى وسينيا فقرة ٥٩٩).

وإذا أعذر المشترى البائع يطالبه بتسليم المبيع ثم لم يتم التسليم ، وجب على البائع ، حتى يحتج على المشترى بعدم تسلمه للمبيع ، أن يعذره هو أيضاً بالتسلم حتى يثبت عليه التأخر فى تنفيذ هذا =

وسواء طلب البائع التنفيذ العينى أو الفسخ ، فله فى الحالتين أن يطلب تعويضاً عم[ا] أصابه من الضرر بسبب تخلف المشترى عن تنفيذ التزامه بتسليم المبيع ، وذلك كأجر[ة] المكان الذى يبقى مشغولا بالمبيع بعد حلول وقت تسلمه [(١)] .

= الالتزام (استئناف مختلط ٢١ أبريل سنة ١٨٩٨م ١٠ ص ٢٥٧).

ومن اشترى طيناً للسماد ملزم بتسلمه من الترعة التى يوجد فيها ، وليس له أن يبقيه ليأخذ منه بـ[...] حاجته لتسميد أرضه ، وللبائع إجباره على التسلم أو وضع الطين فى مكان معين على ذمة المشت[رى] (استئناف مختلط ٢٧ نوفمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٥٣).

(١) أنظر فى كل ذلك بودرى وسينيا فقرة ٥٩٤ – بلانيول وريبير وهالم ١٠ فقرة ١٤٤ .

نظرة عامة
فى عقد المقايضة

٤٢٦ - النصوص القانونية: تنص المادة ٤٨٢ من التقنين المدنى على ما يأتى:

«المقايضة عقد به يلتزم كل من المتعاقدين أن ينقل إلى الآخر، على سبيل التبادل، ملكية مال ليس من النقود».

وتنص المادة ٤٨٣ على ما يأتى:

«إذا كان للأشياء المتقايض فيها قيم مختلفة فى تقدير المتعاقدين، جاز تعويض الفرق بمبلغ من النقود يكون معدلا»(١).

وتقابل هذه النصوص فى التقنين المدنى السابق المادتين ٣٥٦- ٣٥٧ من التقنين المدنى الوطنى(٢).

وتقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى: فى التقنين المدنى السورى المادتين ٤٥٠- ٤٥١- وفى التقنين المدنى الليبى المادتين ٤٧١- ٤٧٢- وفى

---

(١) **تاريخ النصوص**:

م٤٨٢: ورد هذا النص فى المادة ٦٥٣ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد، فيما عدا عبارة «على سبيل التبادل» فقد أضيفت فى لجنة المراجعة بعد أن أقرت النص تحت رقم ٥٠٩ من المشروع النهائى. ووافق عليه مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٨٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية٤ ص٢٣٣).

م٤٨٣: ورد هذا النص فى المادة ٦٥٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد. وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٥١٠ من المشروع النهائى. ووافق عليه مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٨٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية٤ ص٢٣٤- ص ٢٣٥).

(٢) **التقنين المدنى الوطنى السابق** م٣٥٦: المعاوضة عقد به يلتزم كل من المتعاوضين المتعاقدين بأن يعطى للآخر شيئا بدل ما أخذه منه.

م٣٥٧: تحصل المعاوضة بمجرد رضاء المتعاقدين بها بالكيفية المقررة للبيع.

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى شأن المقايضة فى التقنين المدنى السابق: «لم يرد شئ عن عقد المقايضة فى التقنين المختلط. أما التقنين الأهلى فقد أورد فى شأنه خمسة نصوص (م٣٥٦- ٣٦٠) اقتصرت على تطبيق القواعد العامة، فيما عدا نصاً واحداً (م٣٥٩) شذ عن هذه القواعد شذوذاً لا مبرر له. وقد أصلح المشروع هذا العيب، وأورد نصوصاً تعرض لمميزات خاصة فى عقد المقايضة: ثم نص بوجه عام على وجوب تطبيق أحكام البيع بالقدر الذى تسمح به طبيعة المقايضة» (مجموعة الأعمال التحضيرية٤ ص٢٣٢. وانظر أيضاً ص٢٣٨).

التقنين المدنى العراقى المادة ٥٩٩– وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المواد ٤٩٩– ٥٠١[١].

٤٢٧– تمييز عقد المقايضة عن عقد البيع: ويظهر من النصوص المتقدم ذكرها أن عقد المقايضة يتميز عن عقد البيع فى ان عقد البيع مبادلة شئ بمبلغ من النقود وهو الثمن، أما عقد المقايضة فهو مبادلة شئ بشئ لا يكون أيهما مبلغا من النقود. ففى البيع يوجد مبيع وثمن، أما فى المقايضة فلا يوجد ثمن ولكن يوجد مبيع ومبيع إذ الشيئان المتقايض فيهما يكون كل منهما فى حكم المبيع[٢][1].

---

(١) **التقنينات المدنية العربية الأخرى: التقنين المدنى السورى** م٤٥٠– ٤٥١ (مطابقتان للمادتين ٤٨٢– ٤٨٣ مصرى. وانظر فى القانون المدنى السورى الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٣١٠ – فقرة ٣١٥).

التقنين المدنى الليبى م٤٧١ – ٤٧٢ (مطابقتان للمادتين ٤٨٢– ٤٨٣ مصرى).

التقنين المدنى العراقى م٥٩٩ (مطابقة للمادة ٤٨٣ مصرى– وانظر فى القانون المدنى العراقى الأستاذ حسن الذنون فقرة ٣٧٠ – فقرة ٣٧٣ – والأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٦٢٦– فقرة ٦٤١).

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م٤٩٩: المقايضة عقد يلتزم به كل من المتعاقدين أن يؤدى شيئاً للحصول على شئ آخر.

م٥٠٠: تتم المقايضة بمجرد رضا الفريقين. أما إذا كان موضوع المقايضة عقارات أو حقوقاً عينية على عقارات، فتطبق أحكام المادة ٣٩٣ وأحكام القوانين العقارية المعمول بها.

م٥٠١: إذا عقدت المقايضة على أشياء تتفاوت قيمتها، فللمتعاقدين أن يؤديا الفرق من النقود أو من أشياء أخرى.

(وأحكام التقنين اللبنانى تتفق مع أحكام التقنين المصرى).

(٢) أنظر المادة ٥٩٧ عراقى وتنص على ما يأتى: «١– لكل من البدلين فى بيع المقايضة حكم البيع، فيعتبر فيهما شروطه. وإن وقعت منازعة فى أمر التسليم لزم أن يسلم ويتسلم كل من المتقايضين معا. ٢– ويعتبر كل من المتقايضين بائعاً للشئ الذى قايض به ومشترياً للشئ الذى قايض عليه».

(1) مؤدى نص المادة ٤٨٥ من القانون المدنى أن المقايضة تسرى عليها فى الأصل أحكام البيع فيعتبر كل متقايض بائعا للشئ الذى كان مملوكا له مقايض به ومشتريا للشئ الذى كان مملوكا للطرف الأخر وقايض هو عليه – غير أن طبيعة المقايضة – التى ترجع إلى عدم وجود بيع وثمن بل مبيع ومبيع – قد تقضى ببعض مفارقات عن احكام البيع وهى المتعلقة بالثمن وبالتزامات المشترى الراجعة إلى الثمن لتعارض هذه الأحكام مع طبيعة المقايضة وكذلك ما ورد فى حكم المادة ٤٨٤ من القانون المدنى بشأن مصروفات عقد المقايضة وفيما عدا ذلك فان الاثار التى تترتب على المقايضة هى نفس الآثار التى تترتب على البيع من حيث التزامات البائع ومنها التزامات كل متقايض بضمان التعرض والاستحقاق.

(جلسة ١٩٨٤/٦/١٤ الطعن ٤٢ لسنة ٥١ق)

(جلسة ١٩٨٩/٣/٢٢ الطعن ١٦٧٨ لسنة ٥٦)

والمقايضة ليست فحسب مبادلة حق ملكية بحق ملكية آخر، كمبادلة دار بأرض أو سيا بآلة زراعية أو أرض بمواش أو نحو ذلك. بل هى قد تكون مبادلة حق عينى آخر أو حـ شخصي بالملكية أو بأى حق عينى أو شخصى آخر، كمبادلة رقبة دار بحق انتفاع فى د أخرى أو فى أرض، ومبادلة حق انتفاع بحق انتفاع أو بحق ارتفاق، ومبادلة حق انتفاع حق ارتفاق بحق شخصى[١][1].

ولكن لابد أن تكون المقايضة مبادلة حق بحق، فإذا بودل حق بعمل أو بامتناع عـ عمل أو بودل عمل بعمل أو عمل بامتناع عن عمل، كما إذا أعطى شخص أرضاً لآخر فى نظير أن يقوم له بعمل معين أو فى نظير أن يمتنع عن عمل معين، فهذا العقد ليس مقايضـ بل هو عقد غير مسمى.

ولابد أن تكون المقايضة كما قدمنا مبادلة حق غير نقدى، فلا تدخل النقود فى عقـ المقايضة، وهذا هو الذى يمزها عن عقد البيع. ومع ذلك فقد يدخل المقايضة نقود تكو معدلا (soulte)، فيما إذا كانت الأشياء المتقايض فيها لها قيم مختلفة فى تقدير المتعاقدين فانه يجوز، طبقاً للمادة ٤٨٣ مدنى المتقدم ذكرها، تعويض الفرق بمبلغ من النقود يكو معدلا. فإذا قايض شخص بدار مملوكة له على أرض مملوكة لآخر، وكانت قيمة الدار ألفين وقيمة الأرض ألفاً وخمسمائة فى نظر المتقايضين، فان صاحب الدار يأخذ فى مقابل دار الأرض ومعها معدل من النقود مقداره خمسمائة، ويبقى العقد مع ذلك عقد مقايضة. وقد اختلفت الآراء، فى هذا الصدد، فيما يميز عقد المقايضة بمعدل عن عقد البيع. فذهب رأى إلى وجوب الرجوع إلى نية المتعاقدين، فان أرادا العقد بيعاً فهو بيع وإلا فهو مقايضة. وذهب رأى ثان إلى جعل العقد بيعاً إذا كان المعدل أكثر من قيمة الشئ الذى قرن به لتكميل قيمته، فان كان المعدل أقل فالعقد مقايضة. وذهب رأى ثالث، وهو الرأى الصحيح، إلى أ العقد يكون مقايضة إلا إذا كان المعدل يزيد بكثير على قيمة الشئ الذى قرن به لتكميل قيمته بحيث يعتبر هذا الشئ هو المكمل للمعدل لا المعدل هو المكمل للشئ. ففى المثا السالف الذكر إذا كانت الدار قيمتها ألفان والأرض قيمتها خمسمائة، فبودلت الدار بالأرض

---

(١) أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٦٠ هامش ١ – بودرى وسينيا فقرة ٩٧٣ – بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٩٣

(1) المقايضة ليست فحسب مبادلة حق ملكية بحق ملكية آخر بل هى قد تكون مبادلة حق انتفاع بحـ انتفاع ويسرى عليها فى الأصل أحكام البيع فيعتبر كل متقايض بائعا للشئ الذى كان مملوكا وقايض به، ومشتريا للشئ الذى كان مملوكا للطرف الآخر وقايض هو عليه، والآثار التى تترتب عا المقايضة هى نفس الآثار التى تترتب على البيع من حيث التزامات البائع، فيلزم كل من المتقايضين بنـة ملكية الشئ الذى قايض به إلى الطرف الآخر كما يلتزم بتسليمه إياه ولضمانه التعرض والاستحقاق.

(جلسة ١٩٨٤/١/١ الطعن ١٨٤ لسنة ٥٣ق س٣٥ ص١١١)

ومعها ألف وخمسمائة، كان العقد بيعاً لا مقايضة[1].

٤٢٨ – تطبيق أحكام البيع على المقايضة بالقدر الذى تسمح به طبيعتها – نص قانونى – وتنص المادة ٤٨٥ من التقنين المدنى على ما يأتى: «تسرى على المقايضة أحكام البيع بالقدر الذى تسمح به طبيعة المقايضة، ويعتبر كل من المتقايضين بائعاً للشئ الذى قايض به، ومشترياً للشئ الذى قايض عليه»[2].

ويخلص من هذا النص أن المقايضة تسرى عليها فى الأصل أحكام البيع، فيعتبر كل متقايض بائعاً للشئ الذى كان مملوكاً له وقايض به، ومشترياً للشئ الذى كان مملوكاً للطرف

---

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى: «على أنه يجب ألا يكون هذا المعدل هو العنصر الغالب، وإلا انقلبت المقايضة بيعاً» (مجموعة الأعمال التحضيرية٤ ص٢٣٨) وانظر آنفاً فقرة ١١– وانظر نقض مدنى ٣٠ مايو سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٧٣ ص٨١٤– بودرى وسينيا فقرة ٩٧٥ – بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٩٣ ص٥٠٧ وفقرة ٤٠٣ – بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٦١٨ – جوسران٢ فقرة ١١٧٤.

ومبادلة رأس مال بإيراد مدى الحياة تكون مقايضة (بلانيول وريبير وبولانجيه٢ ص٨٠٧ هامش ١– جوسران ٢ فقرة ١١٧٠). ومبادلة نقد بنقد صرف فى الفقه الإسلامى. وقد يكون أحد البدلين أو كلاهما مجموعاً من المال كتخارج الوارث على حصته فى الميراث فى مقابل متجر يعطيه إياه الوارث الآخر (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٩٣ ص٥٠٦).

والأصل فى المعدل أن يكون نقوداً، وقد يكون غير نقود (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٤٠٣ – م٥٠١ لبنانى آنفاً فقرة ٤٢٦ فى الهامش).

(٢) **تاريخ النص**: ورد هذا النص فى المادة ٦٥٨ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد. وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٥١٢ من المشروع النهائى. ووافق عليه مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٨٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية٤ ص٢٣٨ وص٢٤٠).

ومقابل النص فى **التقنين المدنى الوطنى السابق** م٣٦٠: تتبع فى المعاوضة القواعد المختصة بمشارطة البيع.

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى: التقنين المدنى السورى م٤٥٣ (مطابقة للمادة ٤٨٥ مصرى).

التقنين المدنى الليبى م٤٧٤ (مطابقة للمادة ٤٨٥ مصرى).

التقنين المدنى العراقى م٥٩٧: ١– لكل من البدلين فى المقايضة حكم المبيع فتعتبر فيهما شروطه. وإن وقعت منازعة فى أمر التسليم، لزم أن يسلم ويتسلم كل من المتقايضين معاً. ٢– ويعتبر كل من المتقايضين بائعاً للشئ الذى قايض به، ومشترياً للشئ الذى قايض عليه. (والأحكام متفقة مع أحكام التقنين المصرى).

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م٥٠٣: تطبق قواعد البيع على قدر ما تسمح به ماهية هذا العقد، وخصوصاً ما يتعلق منها بضمان الاستحقاق وبالعيوب الخفية وبطلان التعاقد على ملك الغير. (والأحكام متفقة مع أحكام التقنين المصرى).

الآخر وقايض هو عليه. غير أن طبيعة المقايضة– وترجع إلى أنه لا يوجد فيها مبيع وثمن بل مبيع ومبيع كما قدمنا – قد تقضى ببعض مفارقات عن أحكام البيع، فنورد ما بين المقايضة والبيع من موافقات، وما بينهما من مفارقات.

١ – الموافقات بين المقايضة والبيع

٤٢٩ – الأركان الآثار – تسرى أحكام البيع على النحو المتقدم الذكر بالنسبة إلى أركان المقايضة وبالنسبة إلى الآثار التى تترتب عليها.

٤٣٠ – أركان المقايضة – المقايضة كالبيع عقد رضائى، يتم بتوافق الإيجاب والقبول[1]. ولا يشترط فيها شكل خاص، ويثبت طبقاً للقواعد العامة فى الإثبات بقيمة أحد الشيئين المتقايض فيهما إذ المفروض أنهما متساويان فى القيمة، وإلا فكل التزام تقدر قيمته بقيمة الشئ محل هذا الالتزام. وأركان المقايضة التراضى والمحل والسبب.

ويشترط فى التراضى أن يوجد، وأن ينصب على المقايضة لا مجرد وعد بها. على أن الوعد بالمقايضة يجوز كما يجوز الوعد بالبيع، وتسرى على الوعد بالمقايضة الأحكام التى تسرى على الوعد بالبيع[2]. ولا يكفى وجود التراضى، بل يجب أيضاً أن يكون صحيحاً. والتراضى لا يكون صحيحاً إلا إذا كان صادراً من ذى أهلية، والأهلية فى المقايضة هى نفس الأهلية فى البيع. وحدود ولاية الولى والوصى والقيم فى المقايضة هى نفس حدودها فى البيع، ويدخل فى ذلك تعاقد الشخص مع نفسه. ولا يكون التراضى صحيحا أيضاً إلا إذا كان خالياً من عيوب الرضاء: الغلط والتدليس[3] والإكراه والاستغلال. وخيار الرؤية فى المقايضة، كخيار الرؤية فى البيع، ينتهى إلى وجوب تعيين الشئ المتقايض عليه وعلم المتقايض. وتدخل الأوصاف على المقايضة كما تدخل على البيع، فتجوز مثلا المقايضة بشرط التجربة وبشرط المذاق، وتسرى نفس الأحكام التى تسرى على بيع التجربة وبيع المذاق.

والركن الثانى للمقايضة هو الشيئان المتقايض فيهما. ويشترط فى كل منهما ما يشترط فى المبيع، إذ أن كلا منهما فى حكم المبيع كما قدمنا. فيجب أن يكون الشئ

---

(١) وكانت المقايضة فى القانون الرومانى عقداً غير مسمى يتم بتسليم أحد الشيئين.

(٢) بودرى وسينيا فقرة ٩٩٧ ص٩٨٨.

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأن استحالة رد الأطيان المتبادل عليها بسبب نزع ملكيتها من يد المتبادل الذى يتمسك ببطلان المبادلة ليست فى حد ذاتها مانعاً من قبول دعوى البطلان، أما إذا كانت الاستحالة ناشئة عن تصرف من طالب البطلان ينهض دليلا على إجازة المتبادل للعقد المشوب بالتدليس فعندئذ لا تقبل منه دعوى البطلان (نقض مدنى ١٨ مايو سنة ١٩٢٣ المحاماة ١٣ رقم ٦١٨/ ص١٢١٣).

المتقايض فيه موجوداً، والشئ المتنازع فيه لا يجوز أن يتعامل فيه عمال القضاء ولا المحامى بالمقايضة مع موكله على النحو الذى رأيناه فى البيع[1]. ويجب أن يكون الشئ المتقايض فيه معيناً تعييناً كافياً، وتجوز المقايضة فى شئ جزاف وفى شئ يعين بالتقدير كيلا أو مقاساً أو وزناً أو عداً، فتجوز مقايضة عشرة أرداب من القمح بعشرين أردباً من الذرة مثلاً. ويجوز تعيين الشئ المتقايض فيه عن طريق العينة كما يجوز تعيين المبيع، ويصح أن يكون الشئ المتقايض فيه حصة شائعة كما يصح ذلك فى البيع. ويجب أن يكون الشئ المتقايض فيه صالحاً للتعامل فيه، وبخاصة يجب أن يكون مشروعاً. ويجب أخيراً أن يكون الشئ المتقايض فيه مملوكاً للمتقايض، والمقايضة بملك الغير كبيع ملك الغير قابلة للإبطال لمصلحة المتقايض الآخر. كذلك المقايضة فى مرض الموت، كالبيع فى مرض الموت، ويفرض فيها أنها تستر تبرعاً فتأخذ حكم الوصية. وحكم مقايضة الوارث بمال التركة قبل سداد الدين هو حكم تصرفه بالبيع، وكذلك يسرى حكم البيع فى المقايضة بالمال المحجوز عليه وفى مقايضة المعسر بماله.

والركن الثالث فى المقايضة هو السبب، وتسرى فيه الأحكام العامة المقررة فى نظرية السبب.

٤٣١ – الآثار التى تترتب على المقايضة – والآثار التى تترتب على المقايضة هى نفس الآثار التى تترتب على البيع من حيث التزامات البائع لا من حيث التزامات المشترى. فيلتزم كل من المتقايضين بنقل ملكية الشئ الذى يقايض به إلى الطرف الآخر، كما يلتزم بتسليمه إياه وبضمان التعرض والاستحقاق وبضمان العيوب الخفية.

وتنتقل ملكية الشئ المتقايض فيه من مالكه إلى المتقايض الآخر بمجرد تمام المقايضة فى المنقول المعين بالذات، وبالإفراز فيما عين بنوعه، وبالتسجيل فى العقار[2]. ويترتب على

---

(١) انظر آنفاً فقرة ١١٣.

(٢) ويجوز رفع دعوى صحة التعاقد ودعوى صحة التوقيع فى المقايضة كما يجوز ذلك فى البيع، وتسرى نفس القواعد.

وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان المورث قد تصرف فى أطيان له للغير بمقتضى عقد بدل لم يسجل، ثم تصرف فى ذات الأطيان بالبيع لأحد أولاده بعقد بيع مسجل، فأقام هذا الأخير دعوى على المتبادل معه بطلب تثبيت ملكيته إلى هذا القدر، فقضى برفض دعواه اتباعاً لما هو مقرر فى التشريع الفرنسى فى شأن الوارث الذى يقبل التركة بغير تحفظ، فإن الحكم يكون قد خالف القانون (نقض مدنى ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ١٠٨ ص٩٦٠).

وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن عقد المقايضة غير المسجل يلزم كل مقايض بالأعمال اللازمة بالتسجيل كما فى البيع (استئناف مختلط ١٢ يناير سنة ١٩٣٢ م٤٤ ص١١٠). =

انتقال الملكية فى المقايضة ما يترتب على انتقال الملكية فى البيع. ويجوز أن تكون المقايضة سبباً صحيحاً فى تملك العقار بالتقادم القصير[1] وفى تملك المنقول بالحيازة.

ويلتزم كل متقايض بتسليم الشئ الذى قايض به إلى المتقايض الآخر فى الحالة التى كان عليها وقت المقايضة. وحكم العجز والزيادة فى مقدار الشئ المتقايض فيه هو نفس حكم العجز والزيادة فى مقدار البيع[2]. والطريقة التى يتم بها التسليم، وزمان التسليم ومكانه ونفقاته، وجزاء الإخلال بهذا الالتزام[3]، كل ذلك تسرى عليه الأحكام التى تسرى على الالتزام بالتسليم فى البيع. ويتحمل كل متقايض تبعة هلاك الشئ الذى قايض به إذا وقع الهلاك قبل التسليم، بالتفصيلات التى قررناها فى البيع.

ويلتزم كل متقايض بضمان التعرض والاستحقاق فى الشئ الذى قايض به على النحو الذى رأيناه فى البيع[4]. ولكل منهما حبس الشئ الذى قايض به أو فسخ المقايضة إذا استحق الشئ الذى قايض عليه أو ظهر فيه عيب يوجب الضمان[5].

= وقضت أيضاً بأنه لا يحتج بالمقايضة بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية كما لا يحتج بأى تصرف آخر (استئناف مختلط ٣١ مارس سنة ١٩٣٦ م٤٨ ص٢٠٦)، فإذا كانت المقايضة بمعدل حل المقايض محل الدائن المرتهن الذى دفع له المعدل (نفس الحكم السابق).

(١) استئناف مختلط ٤ مارس سنة ١٩٢٤ م٣٦ ص٢٤٧ – ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م٤٦ ص٩٥.

(٢) بودرى وسينيا فقرة ٩٨٠ – بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٩٨ – الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٦٣.

(٣) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه يجوز فسخ المقايضة إذا لم يسلم المقايض ما قايض به إلى المقايض الآخر (استئناف وطنى ٢٢ فبراير سنة ١٩١٢ الحقوق ٢٧ ص١٢٩– ومع ذلك قارن =

= استئناف وطنى ٢٤ يناير سنة ١٩١٠ المجموعة الرسمية ١١ رقم ١/٦٦ ص١٨٤). وقضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا لم يوف أحد المتقايضين بما قايض به، فللآخر الفسخ والمطالبة بتعويض يقابل المنفعة التي حصلت للمتقايض المحكوم عليه بالفسخ ولو كان هذا الأخير حسن النيةَ (استئناف مصر ٧ يناير سنة ١٩٣١ المحاماة ١١ رقم ٥٣١ ص١٠٤٨). وانظر فى أستحقاق التعويض للتأخر فى تسليم الأرض المقايض عليها بعد الإعذار (نقض مدنى ١١ أبريل سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٤٣ ص٦٦٦).

(٤) نقض مدنى ٧ يناير سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٢٥ ص٦٢– ٢٧ مارس سنة ١٩٤١ مجموعة عمر٣ رقم ١٠٩ ص٣٣٧– استئناف وطنى ١٥ ديسمبر سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ٤ ص٥٠ – وفى انطباق قواعد فسخ البيع على فسخ المقايضة أنظر: استئناف مختلط ٤ يونيه سنة ١٩١٤ م٢٧ ص٤١٢؛ ١٩ نوفمبر سنة ١٩٣٥ م٤٨ ص٢٨.

(٥) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص٢٣٩– ص٢٤٠. كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد يتضمن نصين فى هذا الصدد هما مجرد تطبيق للقواعد العامة، فحذفتا فى لجنة المراجعة. فكانت المادة ٦٥٦ من المشروع التمهيدى تنص على أنه إذا تسلم أحد المتقايضين الشئ الذى قايض عليه، ثم أثبت بعد ذلك أن الطرف الآخر لا يملك هذا الشئ، فلا يجوز أن يجبر على تسليم الشئ الذى قايض به، وليس عليه إلا أن يرد ما تسلمه»

٢ – المفارقات بين المقايضة والبيع

٤٣٢ – مبدأ عام: يمكن القول بوجه عام إن أحكام البيع المتعلقة بالثمن أو بالتزامات المشترى الراجعة إلى الثمن لا تسرى فى عقد المقايضة، لتعارض هذه الأحكام مع طبيعة

= وكانت المادة ٦٥٧ من المشروع التمهيدى تنص على أنه «إذا استحق الشئ المقايض عليه في يد المقايض، أو رد بعيب، جاز للمقايض أن يسترد الشئ الذى قايض به أو أن يطالب بقيمة الشئ الذى قايض به أو أن يطالب بقيمة الشئ الذى قايض عليه وقت الاستحقاق أو وقت المقايضة خالياً من العيب، وله فى الحالتين أن يطالب بتعويض إذا كان هناك وجه لذلك» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص٢٣٥– ص٢٣٧ فى الهامش). وتنص المادة ٥٩٨ من التقنين المدنى العراقى على أنه «إذا استحق الشئ الذى تسلمه المقايض أو رد بعيب، جاز لهذا المقايض إما أن يسترد الشئ الذى قايض به، وإما أن يطالب بقيمة الشئ الذى قايض عليه وقت الاستحقاق أو قيمته وقت المقايضة خالياً من العيب. وله فى الحالتين أن يطالب بتعويض، إذا كان هناك وجه لذلك».

وكانت المادة ٣٥٨ من التقنين المدني الوطني السابق تنص على أنه «إذا كان أحد المتعاوضين استلم العوض قبل تسليم العوض الآخر، ثم أثبت أن ما استلمه لم يكن ملكاً للمتعاقد معه، فلا يجوز إجباره على تسليم ما تعهد بإعطائه بدل ما أخذه، وإنما يجبر على رد ما استلمه فقط». ثم أوردت المادة ٣٥٩ من التقنين المدنى السابق نصاً يشتمل على حكم يتعارض مع القواعد العامة، فقضت بأنه «إذا كان أحد المتعاوضين تسلم عوض ما أعطاه، ثم ظهر أنه ليس ملك العاقد وانتزعه منه مالكه الحقيقى، فيكون المتسلم المذكور مخيراً بين طلب تضمينات وبين طلب رد عين ما أخذه منه ولو كان تحت يد غير المتعاقد معه إذا كان عقاراً إلا إذا مضت فى هذه الحالة خمس سنين من يوم عقد مشارطة المعاوضة». وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى هذا الصدد: «وهذا حكم غير مفهوم، إلا إذا قيل إن الأجنبى قد ملك العقار بالتقادم القصير. على أن هذا التعليل لا يصح فى كل الأحوال، فقد يكون الأجنبى سيئ النية، وقد تكون مدة حيازته للعقار أقل من خمس سنوات ويكفى لتحقق ذلك ألا تنتقل إليه حيازة العقار إلا بعد عقد المقايضة كما هو الغالب. وقد حذف المشروع هذا الحكم الغريب» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص٢٣٩). وقد قضت محكمة النقض بأن مدة الخمس سنوات المذكورة فى الشق الأخيرة من المادة ٣٥٩ مدنى ليست من مدد التقادم يصبح المتقايض بمرورها ذا حق مكتسب، بل هى من مدد السقوط يسقط بانقضائها حق المتقايض الذى استحق عنده القبض فى رفع دعوى استرداد القبض الذى أعطاه (نقض مدنى ٧ يناير سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر٢ رقم ٢٥ ص٦٢– وانظر أيضاً فى صدد هذا النص: نقض مدنى ٢٦ مارس سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٠٧ ص٧٢٠ – استئناف مصر ٤ مايو سنة ١٩٢٦ المحاماة ٧ رقم ٩ ص١٥ – محكمة قنا الاستئنافى ٢٠ فبراير سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ١/٨٧ ص٢١٠– الأستاذين أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ٦٣٤ – فقرة ٦٣٥).

والعبرة بوقت تمام المقايضة، فإن كانت قد تمت قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ فنص التقنين المدنى السابق هو الذى يسرى فيما بين الوطنيين دون الأجانب، وإلا فالتقنين المدنى الجديد هو الذى يسرى.

المقايضة. فالمقايضة ليس فيها ثمن كما قدمنا، فأحكام البيع المتعلقة بالثمن ليس لها محل فى عقد المقايضة ولا تسرى فى هذا العقد بداهة. فإذا دخل عنصر النقد فى المقايضة – ويتحقق ذلك فى المقايضة بمعدل من النقود – سرت أحكام الثمن على هذا المعدل وحده بالمقدار الذى لا يتعارض مع عقد المقايضة[1]، فيثبت مثلا حق امتياز للمتقايض الدائن بالمعدل على الشئ الذى قايض به[2]. والتزام المشترى الذى لا يتعلق بالثمن، وهو التزامه بتسلم المبيع، تسرى أحكامه فى عقد المقايضة كما تسرى فى عقد البيع.

٤٣٣ – تطبيقات لهذا المبدأ العام – نص قانونى: ومن أهم تطبيقات هذا المبدأ أن الأحكام التى تتعلق بوجوب أن يكون الثمن نقوداً وأن يكون مقدراً أو قابلا للتقدير وأن يكون جدياً، وما يتصل ببخس الثمن من أحكام الغبن الفاحش[3] فى البيع، كل هذه الأحكام لا محل لتطبيقها فى عقد المقايضة.

كذلك الأحكام المتعلقة بالتزامات المشترى فيما يرجع منها إلى الثمن، كالتزام الوفاء بالثمن ودفع الفوائد وزمان دفع الثمن ومكانه، كل هذه الأحكام لا محل لسريانها فى عقد المقايضة. إلا أن الأحكام المتعلقة بتملك المشترى لثمر المبيع ونمائه وتحمل نفقاته، وحبس المشترى للثمن (ويقابله الشئ المقايض به) حتى يستوفى المبيع غير مهدد بتعرض أو استحقاق وغير معيب، وحبس البائع للمبيع حتى يستوفى الثمن (ويقابله الشئ المقايض عليه)، وفسخ العقد لعدم الوفاء بالثمن (ويقابله الشئ المقايض عليه) أو لعدم تسليم المبيع أو لعدم نقل ملكيته، كل هذه الأحكام تسرى فى عقد المقايضة كما تسرى فى عقد البيع[4].

(١) فيجوز للمقايض الذى له حق فى المعدل أن يجبر المقايض الآخر على دفع المعدل مع التعويض فان كان له مقتض، ويجوز لدائنه أن يستعمل حقه هذا (استئناف مختلط ٨ مايو سنة ١٩٤١ م٥٣ ص١٨٨). وإذا كان المعدل فى المقايضة ضريبة متأخرة ثم تنازلت عنها الحكومة، المقايض الذى كان مسئولا عن هذه الضريبة وحولها على المقايض الآخر له حق الرجوع بقيمتها على هذا المقايض الآخر (استئناف مختلط ١٨ مايو سنة ١٨٩٩ م١١ ص٢٣٥).

(٢) أما فى غير المعدل فلا امتياز للمتقايض على العين التى أعطاها (نقض ١٦ مارس سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١١٠ ص٢٨١).

(٣) أنظر فى الغبن الفاحش آنفاً فقرة ٢٢١، حتى لو كانت المقايضة بمعدل (بودرى وسينيا فقرة ٩٩٥)، إذ المعدل لا يحول المقايضة بيعاً (أوبرى رور ٥ فقرة ٣٦٠ ص١٨٥) – قارن الأستاذ منصور مصطفى منصور (ص٣١٠) ويذهب إلى أن علة حكم الغبن الفاحش تتوافر فى المقايضة، وإلى أن طبيعة المقايضة لا تتعارض مع إعمال هذا الحكم، فتقدر قيمة العقار الذى قايض عليه القاصر وتنسب إلى قيمة العقار الذى قايض به. وغنى عن البيان أننا لو أعملنا حكم الغبن الفاحش فى المقايضة، لاقتضى الأمر تقدير عقارين، لا تقدير قيمة عقار واحد كما فى البيع، ولكن هذه المشقة قد يعدلها استكمال حماية القاصر فى المقايضة كما استكملت فى البيع.

(٤) ويجوز فسخ المقايضة لعدم دفع المعدل، كما يجوز فسخ البيع لعدم دفع الثمن. فالمعدل إذن، كالثمن، مضمون بحق الفسخ وحق الامتياز، وهذا غير التنفيذ العينى (أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٦٠ ص١٨٤ – بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٤٠٤– الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٣٦٣).

ومما يترتب على أن المقايضة لا يوجد فيها ثمن ما يأتي: (١) لا يتصور في المقايضة دفع عربون، إلا فيما يتعلق بعربون يدفع خارجاً عن البدلين وهذا لا يقع عادة. (٢) لا يقع عادة في المقايضة صورة تقابل البيع بالتقسيط أو تقابل الإيجار الساتر للمبيع. (٣) لا يقع عادة في المقايضة صورة تقابل بيع الوفاء[١]. (٤) لا يقع عادة في المقايضة صورة تقابل البيع مع حق التقرير بالشراء عن الغير. (٥) لا تسرى في المقايضة الأحكام المتعلقة باسترداد الحق المتنازع فيه[٢]، ولا أحكام العجز في المقدار[٣]. (٦) لا يوجد حق امتياز لأى حق المتقايضين على الشئ الذى قايض به، لأن حق الامتياز إنما قرره القانون لضمان الثمن. ولكن إذا وجد في المقايضة معدل، كان مضموناً بحق امتياز كما سبق القول. (٧) لا شفعة في المقايضة[٤].

ومما يترتب على أنه كما يعتبر كل من المتقايضين بائعاً لما قايض به يعتبر كذلك كل منهما مشترياً لما قايض عليه، ما نصت عليه المادة ٤٨٤ مدنى من أن «مصروفات عقد المقايضة وغيرها من النفقات الأخرى يتحملها المتقايضان مناصفة، ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك»[٥]. والأصل في عقد البيع أن مصروفات البيع يتحملها المشترى كما قدمنا، فإذ أردنا تطبيق هذا الحكم على المقايضة وجب اعتبار كل من المتقايضين مشترياً لما قايض عليه،

---

(١) قارن مع ذلك أنسيكلوبيدى داللوز ٢ لفظ échange فقرة ١٥– وقارن أيضاً الأستاذ منصور مصطفى منصور (فقرة ١٢٦ ص٣٠٩)، ويذهب إلى أن الحكم الخاص ببطلان بيع الوفاء لا يسرى على المقايضة لانتفاء علة البطلان، فإذا اشترط في العقد احتفاظ أحد المتقايضين بحقه في استرداد ما قايض به إذا هو رد ما قايض عليه في مدة معينة كان العقد صحيحا.

(٢) أنظر آنفاً فقرة ١٠٥.

(٣) استئناف مختلط ١٦ فبراير سنة ١٩٣٢ م٤٤ ص١٦٩.

(٤) إلا إذا أخفى البيع تحت ستار المقايضة (استئناف مختلط ١٩ فبراير سنة ١٩١٨ م٣٠ ص٢٢٧).

(٥) **تاريخ النص**: ورد هذا النص في المادة ٦٥٥ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد. وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٥١١ من المشروع النهائى. ووافق عليه مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٨٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية٤ ص٢٣٥– ص٢٣٧).

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدنى السابق، ولكن الحكم كان معمولا به دون نص.

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى: **التقنين المدنى السورى** م٤٥٢ (مطابقة للمادة ٨٤؛ مصرى).

التقنين المدنى الليبى م٤٧٣ (مطابقة للمادة ٤٨٤ مصرى).

التقنين المدنى العراقى م٦٠٠ (مطابقة للمادة ٤٨٤ مصرى)

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م٥٠٢: تقسم حتما مصاريف العقد ونفقاته القانونية بين المتقايضين ما لم يكن هناك اتفاق آخر بينهما. (والحكم يتفق مع حكم التقنين المصرى).

ووجب تبعاً لذلك تقسيم هذه المصروفات مناصفة بينهما[١]. وبوجه خاص وجب تقسيم رسوم التسجيل[٢] بينهما مناصفة، دون اعتداد بما عسى أن يوجد من فرق في القيمة بين البدلين. وهذا كله ما لم يوجد اتفاق[٣] أو عرف يقضى بغيره[٤].

---

(١) وذلك دون اعتداد بما قد يكون في المقايضة من معدل، فنفقات المعدل تضم إلى مجموع النفقات ويكون المجموع مناصفة بين المتقايضين. ويذهب أوبرى ورو إلى جعل نفقات المعدل على الملتزم به (أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٦٠ هامش ١٦).

(٢) وهى أقل في المقايضة منها في البيع (وكانت من قبل ٢٪ ثم ارتفعت إلى ٣٪). وإذا تفاوت البدلان في القيمة، كان العقار الأكبر قيمة هو المعتبر لتقدير رسوم التسجيل (استئناف مختلط ١١ يناير سنة ١٩٠٠ م١٢ ص٧٥). وإذا كانت المقايضة حقيقتها بيع. كأن اشترى شخص مزرعة بمبلغ ١٠٠٠٠٠ دفع منه نقداً ٩٤٠٠٠ ومنزلا قيمته ٦٠٠٠، فهناك أحكام قضت بوجوب دفع رسوم التسجيل على كل من المزرعة والمنزل فكلاهما مبيع (استئناف مختلط ١٢ يناير سنة ١٩٢٢ م٢٤ ص١٥– ١٢ أبريل سنة ١٩٢٨ م٤٠ ص٣٠١). وهناك أحكام أخرى، وفيها حكم الدوائر المجتمعة لمحكمة الاستئناف المختلطة، قضت بجعل الرسوم على أعلى العقارين قيمة مهما كان مقدار المعدل (استئناف مختلط ٢٦ يناير سنة ١٩٢٨ م٤٠ ص١٦٣ – محكمة الاستئناف المختلطة في دوائرها المجتمعة ٢٦ مايو سنة ١٩٢٨ م٤٠ ص٣٨٧– استئناف مختلط ٧ مايو سنة ١٩٣١ م٤٣ ص٣٧٩).

(٣) ويعتبر الاتفاق على أن يتحمل أحد المتقايضين كل المصروفات من قبيل الاتفاق على معدل (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٤٠٣).

(٤) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد: «وتجعل المادة ٦٥٥ (من المشروع التمهيدى) مصروفات عقد المقايضة مناصفة بين المتقايضين، وهذا طبيعى لأن كلا منهما يعتبر مشتريا لما قايض عليه. ويجوز الاتفاق على غير ذلك» (مجموعة الأعمال التحضيرية٤ ص٢٣٩).

فهرس
لمشتملات الكتاب

صفحة

تمهيد
العقود المسماة وتقسيماتها المختلفة

الباب الأول
عقد البيع
مقدمة

الفصل الأول – أركان البيع



الفصل الثانى – الاثار التى تترتب على البيع

الباب الثانى
عقد المقايضة